

P.T.C. van Kampen, Hoofdstuk 7 - De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, in: F.G.H. Kristen et al. (red.), *Bijzonder strafrecht; Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 143-178.

De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme

*P.T.C. van Kampen*¹

1 Inleiding

De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), die op 1 augustus 2008 in werking trad, is de meest recente (en op onderdelen meest verstrekkende) wet die kan worden gerangschikt onder het bijzondere strafrecht.

Zoals de titel van de wet reeds aangeeft, beoogt de wet witwassen en het financieren van terrorisme te voorkomen. Het doet dat door van de door de wet bestreken normadressaten te verlangen dat in (vrijwel) alle gevallen de (beoogde) cliënt wordt geïdentificeerd, diens identiteit wordt geverifieerd en voorts dat ook (in het geval van andere dan natuurlijke personen) de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende (*ultimate beneficial owner*, ofwel UBO) bij de cliënt wordt blootgelegd. Het resultaat van die identificatie/verificatie moet op grond van de Wwft worden vastgelegd en gedurende enkele jaren bewaard. Daarnaast eist de wet dat ongebruikelijke transacties door de normadressaten worden gemeld aan het daartoe ingestelde meldpunt (FIU: *Financial Intelligence Unit*), zodat naar deze transacties (desgewenst) een onderzoek kan worden ingesteld.

Uitgangspunt van de Wwft, in navolging van de Derde Witwasrichtlijn² (hierna ook: de Richtlijn) waarvan het de implementatie vormt,³ is een zoge-

1 De auteur was voorheen werkzaam bij Simmons&Simmons (Rotterdam). Voor dit artikel werd onder meer gebruikt gemaakt van de Anti-Moneylaundering database van Simmons&Simmons, welke – na registratie – ook voor derden beschikbaar is: zie <www.elexica.com>. In genoemde database bevindt zich informatie over de Wwft-implementatie in de landen waarin Simmons kantoor houdt, alsmede de wetgeving op dit gebied in (niet-Europese) landen waarin de Derde Witwasrichtlijn niet van toepassing is.

2 Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, *Pb EU* 2005, L 309/15.

3 Zie daartoe o.a. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 237, nr. 3, p. 1 (MvT). De Derde Witwasrichtlijn en de daarop gebaseerde uitvoeringsrichtlijn 2006/70/EG dienden op 15 december 2007 geïmplementeerd te worden in nationale wetgeving. Die termijn werd door een niet onbelangrijk aantal lidstaten niet gehaald. Het Spaanse parlement nam eerst op 28 april 2010 een wet ter implementatie van de Richtlijn aan. Ook Ierland deed dat eerst in 2010. Frankrijk kreeg op 3 juni 2010 van de Europese Commissie opdracht om binnen twee maanden implementatiewetgeving in te voeren, gelet op de uitspraak van het Europese Hof van Justitie uit 2009 (C-170/09). In die uitspraak bepaalde het Hof dat 'France had failed to fulfill its obligation under the third anti-money laundering Directive by not fully transposing the Directive into National law before the implementation deadline.' Zie hierom-

naamde *risk-based approach*. Dat laatste houdt in dat door de normadressaten van de wet bij elke klant (en de met deze klant verband houdende transacties) dient te worden beoordeeld of er een risico is dat deze klant betrokken raakt/is bij witwashandelingen en/of het financieren van terrorisme en zo ja, hoe groot dat risico is. Die perceptie van risico dient bovendien steeds te worden getoetst: afhankelijk van de aard van de relatie en het risico dat daarin besloten ligt, zal op basis van dezelfde *risk-based approach* doorlopend controle op de relatie moeten worden uitgevoerd, om te kunnen beoordelen of het risico met betrekking tot witwaspraktijken en het financieren van terrorisme nog steeds dezelfde is en blijft. De wet schrijft dan ook niet dwingend voor *hoe* de onder toezicht staande instellingen en personen een en ander moeten bereiken, maar alleen *wat* door hen moet worden bereikt.⁴

De Wwft legt daarmee een grote druk op haar normadressaten: het niet naleven van deze verplichtingen is namelijk, zoals in het navolgende nog uitgebreid aan de orde zal komen, strafrechtelijk gesanctioneerd door middel van de Wet op de economische delicten (WED). Daarmee is het (reputatie)risico voor de instellingen die onder het bereik van de Wwft vallen, enorm.

Omdat de wet van relatief recente datum is, is met die strafrechtelijke implicaties overigens nog weinig tot geen ervaring opgedaan; in zoverre kan in het onderhavige hoofdstuk slechts worden gewezen op mogelijke knelpunten.

Alvorens meer uitgebreid in te gaan op de normadressaten (paragraaf 3) de verplichtingen (paragraaf 4-5), sanctionering (paragraaf 6) en het handhavingskader zoals opgenomen in de Wwft (paragraaf 7), volgt eerst een korte schets van de achtergrond en structuur van de Wwft.

2 De achtergrond en de structuur van de Wwft

De Wwft vervangt de Wet identificatie bij dienstverlening (Wid) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT) en de daarop gebaseerde lagere wetgeving. De achtergrond van de Wwft is gelegen in de Derde Witwasrichtlijn (2005/60/EG) en de daarop gebaseerde uitvoeringsrichtlijn (2006/70/EG): de Wwft vormt de implementatie van deze Europese regelgeving (zie paragraaf 1).

2.1 De Derde Witwasrichtlijn (en zijn voorgangers)

Uitgangspunt van de Derde Witwasrichtlijn is het gegeven dat enorme hoeveelheden *dirty money* de stabiliteit en reputatie van de financiële sector schade kunnen toebrengen. Dat probleem wordt naar verwachting groter, naarmate sprake is van één enkele (Europese) markt: in een dergelijk geval zullen witwas- en financieringspraktijken zich immers zonder geharmoniseerde regelgeving in de regel verplaatsen naar de meest zwakke schakel binnen het samenstel

trent ook <www.anti-moneylaundering.org> (de site van de International Bar Association: IBA). In Nederland trad de Wwft zoals opgemerkt op 1 augustus 2008 in werking.

4 *Kamerstukken II 2007/08, 31 237, nr. 3, p. 4 (MvT).*

van lidstaten van de Europese Unie, ofwel die lidstaat met de minste waarborgen tegen witwassen en/of terrorismefinanciering. Dit risico rechtvaardigt een gezamenlijke benadering van het probleem, waarbij uitgangspunt is dat alle lidstaten van de EU eenzelfde set van regels toepassen om witwassen en terrorismefinanciering tegen te gaan.⁵

Het uitgangspunt is daarmee sinds de Eerste Witwasrichtlijn uit 1991 (91/308/EEG)⁶ niet gewijzigd. Deze Eerste Witwasrichtlijn verplichtte de lidstaten tot een tweeledige aanpak, te weten een repressieve kant bestaande uit verbodsbepalingen inzake witwassen, en een preventieve kant, bestaande uit de verplichting voor (toen nog alleen) krediet- en financiële instellingen (banken) om hun klanten te identificeren, interne procedures vast te stellen en om ongebruikelijke transacties te melden bij de autoriteiten. Deze verplichtingen leidden in Nederland tot de invoering van de verbodsbepalingen van artt. 420bis-420quater Sr, waarin verschillende vormen van witwassen strafbaar zijn gesteld (het repressieve deel), alsmede tot invoering van de Wid en de Wet MOT (het preventieve deel).⁷

De Tweede Witwasrichtlijn (2001/97/EG)⁸ verruimde de preventieve aanpak door de verplichtingen ter voorkoming van witwassen ook op te leggen aan andere financiële en niet-financiële instituties dan financiële instellingen. Daaronder vielen – onder omstandigheden – ook advocaten, notarissen en belastingadviseurs. De Tweede Richtlijn verruimde bovendien het aantal grondfeiten met betrekking tot witwassen: oorspronkelijk had de definitie van witwassen zoals vervat in de Eerste Witwasrichtlijn namelijk alleen betrekking op drugsdelicten.⁹

Zowel de Eerste als de Tweede Witwasrichtlijn waren overigens *rule based* en niet *risk based* (ook wel *principle based* genoemd), zoals onder de Derde Witwasrichtlijn.

De Derde (en huidige) Witwasrichtlijn bevat een verdere verruiming van de definitie van ernstige strafbare feiten als grondfeiten ('basisdelicten') voor witwassen en bevat voorts (veel) meer gedetailleerde voorschriften met betrekking tot de identificatie van cliënten (en uiteindelijk begunstigden) en de verificatie van die identiteit.

De Derde Witwasrichtlijn verwijst voorts – en anders dan de eerste twee richtlijnen – naar de noodzaak om financiering van terrorisme te voorkomen. Het doet dat (laatste) door gebruik te maken van dezelfde instrumenten als de instrumenten die witwassen beogen te voorkomen, namelijk het identificeren

5 Aldus overwegingen 1-8 preambule Derde Witwasrichtlijn.

6 Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, *Pb EG* 1991, L 166/77.

7 Zie omtrent de drie witwasrichtlijnen ook Faure, Nelen en Philipsen 2009, p. 6-10.

8 Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot wijziging van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, *Pb EG* 2001, L 344/76.

9 Zie overweging 7 preambule Derde witwasrichtlijn.

van cliënt en UBO en het verifiëren van die identiteit, alsmede het melden van een verdachte transacties.

Onder ‘verdachte transacties’ met betrekking tot het voorkomen van terrorismefinanciering valt bijvoorbeeld ook het zogenaamde *proliferation financing*: het financieren van (onder meer) de ontwikkeling, productie, aankoop, dan wel het gebruik van wapens (nucleair, chemisch, biologisch), alsmede het vervoer en de overdracht van wapens. Financiële instellingen kunnen daarbij – geheel onbewust – betrokken zijn via bijvoorbeeld het verstrekken van zogenaamde *letters of credit* ten aanzien van (de lading van) daarbij gebruikte schepen.¹⁰

Specifiek ten aanzien van het bestrijden van terrorisme geldt op grond van de Derde Witwasrichtlijn de verplichting om cliënten steeds tegen het licht van de (internationale) sanctielijsten te houden, teneinde te kunnen beoordelen of de beoogde cliënt op één van de lijsten voorkomt.

De basis voor de witwasrichtlijnen ligt in de aanbevelingen van de *Financial Action Task Force* (FATF): een samenwerkingsverband tussen zo’n tweeëndertig lidstaten en twee internationale organisaties. Voorafgaand aan de totstandkoming van de Eerste Witwasrichtlijn deed FAFT veertig aanbevelingen om witwassen te voorkomen. Na de aanslagen van 11 september 2001 volgden negen specifieke aanbevelingen ter voorkoming van het gebruik van het financiële systeem voor het financieren van terrorisme. De Derde Witwasrichtlijn volgde op de herziening van de oorspronkelijke veertig aanbevelingen door FATF in 2003.¹¹ Alle FATF-aanbevelingen zijn gepubliceerd op de site van FATF: <www.fatf-gafi.org>.

In de Derde Witwasrichtlijn is evenwel niet gekozen voor (volledige) harmonisatie van wetgeving, waarbij de lidstaten geen discretionaire bevoegdheid (meer) hebben om bepaalde aspecten wel of niet – of op de een of andere manier – te regelen.¹² Integendeel, de Derde Witwasrichtlijn geeft de lidstaten (juist) de mogelijkheid om strengere regelgeving in te voeren.¹³

Op een aantal onderdelen zijn in de Richtlijn als zodanig geen aanwijzingen opgenomen met betrekking tot de vraag hoe aan de eisen moet worden voldaan. Dat geldt onder meer voor wat betreft de *wijze waarop* de sanctionering van de in de Richtlijn opgenomen verplichtingen dient plaats te vinden en de vraag hoe ten aanzien van een voorgenomen transactie dient te worden gehandeld nadat deze transactie is gemeld bij de FIU. Het geldt voorts op een meer basaal niveau bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag wat kan dienen als gronddelict voor witwassen. Het gevolg is een relatief grote verscheidenheid aan (detail-)regelgeving binnen de Europese Unie.

10 Zie hieromtrent uitgebreid het *Proliferation Financing Report* van de FATF d.d. 18 juni 2008.

11 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 237, nr. 3, p. 2 (MvT).

12 Vgl. in dit kader bijvoorbeeld de Richtlijn marktmisbruik (2003/6/EG), waarbij wel volledige harmonisatie is nagestreefd. Zie daaromtrent meer uitgebreid het proefschrift van Kristen 2004, p. 195-203.

13 Zo bevat art. 5 Derde Witwasrichtlijn bijvoorbeeld de bepaling dat lidstaten strengere bepalingen mogen opnemen in hun nationale wetgeving teneinde witwassen en/of terrorismefinanciering te voorkomen.

Zo dient de Engelse *Serious Organised Crime Agency* (SOCA), die (mede) belast is met het toezicht op financiële transacties naar Engels recht, op grond van de *Proceeds of Crime Act* (POCA) (in beginsel) eerst toestemming te geven voor de transactie, nadat de transactie aan SOCA is gemeld, alvorens de transactie kan worden uitgevoerd,¹⁴ kan in Frankrijk met een dergelijke transactie worden voortgegaan indien de Franse FIU niet binnen twaalf uur een procedure aanhangig heeft gemaakt om de transactie permanent te blokkeren,¹⁵ en is daaromtrent in Nederland wettelijk gezien überhaupt niets geregeld.¹⁶

En waar naar Nederlands recht (op grond van uitspraken van de Hoge Raad) belastingontduiking, althans het opzettelijk niet doen van een juiste belastingaangifte als bedoeld in art. 69 lid 2 AWR het grondfeit voor witwassen kan opleveren,¹⁷ is dat naar huidig Frans recht (vooralsnog) slechts onder omstandigheden – opgenomen in een Decreet van de *Conseil d'Etat* – het geval.

Vanuit de achtergrond van het gepercipieerde probleem – dat grote hoeveelheden *dirty money* en het financieren van terrorisme de stabiliteit van het financieel systeem in gevaar kunnen brengen en dat de oplossing daarvoor alleen kan worden gevonden in het nemen van eenvormige maatregelen – is het uitblijven van volledige harmonisatie opmerkelijk en problematisch. Gegeven het feit dat grote financiële transacties binnen een markt als de Europese nogal eens meerdere lidstaten raken, zorgt (onder meer) dat verschil in regelgeving voor de nodige verwarring bij de instellingen en personen die onder het bereik van de Richtlijn vallen. Door het uitblijven van volledige harmonisatie biedt de Derde Witwasrichtlijn bovendien geen oplossing voor het probleem van de ‘zwaartekracht’, namelijk dat criminaliteit de eigenschap heeft zich via de weg van de minste weerstand te ontwikkelen.

Het bereik van de Derde Witwasrichtlijn is in de tussentijd (bijzonder) groot. Niet alleen bevat art. 2 lid 1 van de Richtlijn een verwijzing naar de instellingen en personen die onder de Richtlijn vallen; art. 4 lid 1 van de Richtlijn bevat *daarnaast* de bepaling dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat ook andere beroepen en ondernemingen onder het bereik van de Richtlijn vallen, daar waar het gevaar bestaat dat deze beroepen en ondernemingen gebruikt zullen worden voor witwashandelingen en/of het financieren van terrorisme.

Naast een hoofdstuk waarin het onderwerp, toepassingsgebied en de definities nader worden omljnd (hoofdstuk 1), bevat de Richtlijn een hoofdstuk over

14 Op grond van Section 335 POCA dient een persoon na het melden van een ongebruikelijke transactie te wachten op toestemming van SOCA. Die toestemming dient in beginsel binnen zeven dagen te worden gegeven.

15 Zie daaromtrent onder meer <www.anti-moneylaundering.org>. De daar opgenomen informatie heeft in beginsel betrekking op de regelgeving zoals deze geldt voor advocaten. Op het onderhavige punt verschilt die regelgeving echter niet van de regelgeving die voor andere normadressaten geldt.

16 Meer informatie omtrent de regelgeving op dit gebied in een aantal Europese landen is, naast de hiervoor genoemde site van de IBA, ook verkrijgbaar via (registratie op) de reeds genoemde site van Simmons&Simmons (<www.elexica.com>).

17 Zie HR 7 oktober 2008, *LJN* BD2774.

klantenonderzoek (hoofdstuk 2), meldingsplicht (hoofdstuk 3), bewaring van bewijsstukken (hoofdstuk 4) en handhaving (hoofdstuk 5).¹⁸

2.2 De Wwft als implementatie van de Derde Witwasrichtlijn

De Wwft vormt, in navolging op de Wid en de Wet MOT, zoals gezegd de implementatie van het preventieve aspect van de Europese aanpak om witwassen te voorkomen: zoals de titel van de wet aanduidt, is de wet gericht op het voorkomen van witwassen en het financieren van terrorisme.

Het repressieve aspect van de Richtlijn vindt (nog steeds) zijn neerslag in art. 420bis-420quater Sr.

Daarbij volgt de Wwft de structuur van de Derde Witwasrichtlijn bijna naadloos. Waar hoofdstuk 1 Wwft betrekking heeft op inleidende bepalingen (waaronder art. 1 Wwft, inhoudende definities en toepassingsbereik), ziet hoofdstuk 2 op cliëntenonderzoek, hoofdstuk 3 op de meldingsplicht en hoofdstuk 4 op toezicht en handhaving. De bewaring van bewijsstukken (hoofdstuk 4 van de Richtlijn) is neergelegd in de artt. 33-34 Wwft.

De verplichtingen zoals opgenomen in de Richtlijn zijn in de Wwft vrijwel één op één overgenomen. Die verplichtingen zijn zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk gesanctioneerd. In verband daarmee bepaalt art. 28e Wwft dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervalt indien ter zake van de overtreding een strafvervolgning is ingesteld (en omgekeerd): aldus is bij (sanctionering op grond van) de Wwft ook het *una via*-beginsel van toepassing.¹⁹

Territoriale werking

De Wwft heeft uit de aard der zaak territoriale werking: het is alleen van toepassing op instellingen die activiteiten verrichten op Nederlands grondgebied. Ook de Derde Witwasrichtlijn gaat uit van een dergelijke werking.²⁰ Dat is overigens niet in alle Europese landen het geval: in het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld, is de werking van de relevante wet in die zin extraterritoriaal, dat banken die hun hoofvestiging in het Verenigd Koninkrijk hebben, op grond van Engels recht (ook) in het Verenigd Koninkrijk melding moeten doen van ongebruikelijke transacties in het buitenland. Dat laatste correspondeert overigens met de regelgeving van financieel toezicht waaraan banken Europeesrechtelijk onderhevig zijn: die regelgeving gaat uit van het zogenaamde *Home Member State principle*, hetgeen betekent dat de regels van het land van de (moeder)instelling van toepassing zijn.²¹ Omdat de Derde Witwasricht-

18 De Derde Witwasrichtlijn bevat daarnaast nog een hoofdstuk over uitvoeringsmaatregelen en een hoofdstuk genaamd 'Slotbepalingen'.

19 Bestuursrechtelijke sanctionering is op grond van de Wwft overigens niet mogelijk indien het gaat om een persoon die, in geval van bezwaren tegen diens handelen of nalaten in de beroepsuitoefening, onderworpen is aan tuchtrechtspraak; zie art. 26 lid 2 en art. 27 lid 2 Wwft. Zie voor het *una via*-beginsel ook hoofdstuk 17 (Duker).

20 Vgl. European Commission Staff Working Paper, 'Compliance with the anti-money laundering directive by cross-border banking groups at group level', SEC(2009) 939 final, Brussel 30 juni 2009, p. 4.

21 European Commission 2009, p. 4, noot 8.

lijn uitgaat van het principe van territorialiteit, zijn instellingen met meerdere (Europese) vestigingen als zodanig in elk van de landen waarin zij zijn gevestigd – of cliënten hebben – onderworpen aan deels steeds andere regelgeving.²² Dat maakt de *risk based approach* er voor deze instellingen niet eenvoudiger op.

Problemen met het toepassingsbereik bestaan ook daar, waar de verschillende landen verschillend belang hechten aan de fysieke aanwezigheid van een instelling op hun grondgebied. In veel Europese landen – waaronder het Verenigd Koninkrijk – geldt dat de anti-witwasbepalingen van het land waar de cliënt is gevestigd *niet* van toepassing zijn, indien de financiële instelling geen fysieke aanwezigheid heeft in dat land.²³ Naar Nederlands recht geldt dat op een instelling de anti-witwasregeling van het land waarin de cliënt is gevestigd van toepassing is.²⁴ Dat betekent dat wanneer een Europese bank, zonder fysieke aanwezigheid in Nederland, een Nederlandse cliënt heeft, volgens Nederlands recht de Nederlandse Wwft-regels van toepassing zijn. Complex wordt dat probleem bij de vraag aan welke FIU voorgenomen of verrichte transacties dienen te worden gemeld.²⁵ Op basis van (art. 22 van) de Derde Witwasrichtlijn dient een dergelijke melding namelijk te worden gedaan aan de FIU van de lidstaat op het grondgebied waarvan de instelling of persoon die de inlichtingen moet verstrekken, zich bevindt, terwijl het cliëntenonderzoek op grond van de regelgeving in onder meer Nederland dient te hebben plaatsgevonden conform de regelgeving van het land waarin de cliënt is gevestigd.²⁶

3 Normadressaten

3.1 Twee soorten

De Wwft maakt onderscheid tussen twee verschillende soorten normadressaten: zij die *qualitate qua* normadressaat zijn, en zij die door hun activiteiten normadressaten kunnen zijn of worden. Onder de eerste groep vallen onder meer krediet- en financiële instellingen, levensverzekeraars, beleggingsondernemingen, beleggingsinstellingen, trustkantoren en (bijvoorbeeld) externe register-accountants of belastingadviseurs. Onder de tweede groep vallen personen die optreden als advocaat of (kandidaat-)notaris: deze laatste zijn alleen onderworpen aan de verplichtingen van de Wwft, voor zover zij bedrijfsmatig advies geven of bijstand verlenen ten aanzien van specifieke onderwerpen. Daaronder valt bijvoorbeeld het aan- of verkopen van onroerende zaken, het beheren van geld, het oprichten of beheren van vennootschappen en werkzaamheden op fiscaal gebied die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden van een externe accountant: zie art. 1 lid 1 onder a sub 12 Wwft. Onderworpen aan de verplichtingen van de Wwft zijn advocaten en notarissen voorts, indien zij optreden in naam en voor rekening van een cliënt bij enigerlei financiële of onroerende zaaktransactie (art. 1 lid 1 onder a sub 13 Wwft). In al die gevallen worden

22 European Commission 2009, p. 4.

23 European Commission 2009, p. 5 (o.a. noot 13).

24 European Commission 2009, p. 5.

25 European Commission 2009, p. 5.

26 European Commission 2009, p. 5 (noot 16).

advocaten en notarissen geschaard onder het begrip ‘instelling’ als bedoeld in art. 1 lid 1 onder a Wwft, en zijn alle verplichtingen opgenomen in de Wwft op hen van toepassing.

Deze in de Wwft opgenomen definitie van ‘instelling’ heeft onder meer tot gevolg dat advocaten die zich bijvoorbeeld bezighouden met fusies en overnames onder de Wwft – zoals ook onder diens voorlopers, de Wid en de Wet MOT – *verplicht* zijn aan de eisen van de Wwft te voldoen en derhalve niet alleen de identiteit van hun cliënten en (in het geval van rechtspersonen) die van de uiteindelijk belanghebbende moeten vastleggen en verifiëren, maar ook dat zij in voorkomende gevallen verplicht zijn tot melding van verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transacties, waarmee zij als gevolg van de werkzaamheden voor de cliënt bekend zijn,²⁷ en het doen van die melding bovendien niet mogen openbaren aan hun cliënt.²⁸ Een meldingsplicht (en het verbod om daarvan aan cliënt melding te doen) geldt onder de Wwft (bijvoorbeeld) ook voor notarissen die aktes passeren met betrekking tot de aan- en verkoop van onroerend goed, én – volgens althans het Bureau Financieel Toezicht; het BFT (zie hieronder) – voor belastingadviseurs die bijvoorbeeld bijstand verlenen nadat is besloten tot vrijwillige inkeer met betrekking tot een eerder gedane (onjuiste) belastingaangifte.²⁹

Het eerste *verkennde* gesprek dat een advocaat met zijn cliënt heeft vóór aanvang van (het verlenen van) een dienst, is overigens van de meldings- en identificatieplicht uitgezonderd, zo volgt uit de parlementaire stukken: dat gesprek dient immers om in alle vertrouwelijkheid te kunnen vaststellen welke dienstverlening van een advocaat, (kandidaat) notaris of belastingadviseur wordt verlangd.³⁰

Aldus wordt gewaarborgd dat elke cliënt onbezwaard alle informatie naar voren kan brengen die van belang is om te beoordelen of rechtshulp in verband met enig rechtsgeeding wordt verzocht dan wel diensten worden verlangd die al dan niet binnen de werkingssfeer van de wet vallen, aldus de memorie van toelichting bij de samenvoegingswet Wid en Wet MOT.³¹

Indien de advocaat zou weigeren om de in het eerste verkennde gesprek vastgestelde diensten te verrichten, bestaat geen verplichting tot onderzoek of tot melding: er is en wordt immers geen dienst verricht en er is geen cliëntrelatie. Er bestaat voorts geen verplichting tot onderzoek of melding, indien tijdens het eerste verkennde gesprek blijkt dat geen Wwft-diensten zullen worden

27 Dat is alleen anders indien de uitzondering van art. 1 lid 2 Wwft van toepassing is. Zie daaromtrent de hierna opgenomen subparagraaf betreffende de uitzonderingsregeling.

28 Zie omtrent de geschiedenis van deze verplichting voor wat betreft advocaten ook Spronken 2009, p. 153-158.

29 Op grond van art. 1 lid 1 onder a sub 11 Wwft valt onder de term ‘instelling’ (onder meer) ook de externe registeraccountant, externe accountant-administratieconsulent of belastingadviseur, voor zover deze zijn beroepsactiviteiten uitoefent.

30 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 238, nr. 3, p. 15-16 (MvT samenvoegingswet Wid en Wet MOT). Zie ook Koppe en Van Liere 2009, p. 788.

31 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 238, nr. 3, p. 15-16.

verricht door de advocaat, en/of sprake is van een procesvrijstelling als bedoeld in art. 1 lid 1 onder 12 Wwft; zie daartoe paragraaf 3.3 van dit hoofdstuk.

Indien tijdens het verkennende gesprek blijkt dat een Wwft-plichtige dienst moet worden verricht, zal de advocaat de cliënt (en eventueel diens uiteindelijk belanghebbende) moeten verifiëren, alvorens de dienst daadwerkelijk kan worden verleend. Hangende dat proces kan geen bijstand/advies worden verleend, aldus nog steeds de memorie van toelichting bij die wet.³²

3.2 Dilemma

De verplichting tot melding na dat eerste verkennende gesprek met een mogelijke cliënt plaatst advocaten en andere geheimhouders voor een essentieel dilemma. Het wezen van de taak van de advocaat brengt mee dat hem van de zijde van de cliënt ‘geheimen’ zullen worden toevertrouwd en dat hem vertrouwelijke mededelingen zullen worden gedaan. Zonder de waarborg van het beroepsgeheim van de advocaat kan er geen vertrouwen(-sband) ontstaan, terwijl dat vertrouwen wezenlijk is voor de advocaat om zijn taak adequaat te kunnen vervullen.³³ Advocaten zijn gedragsrechtelijk verplicht zich bij het verlenen van bijstand aan hun cliënten alleen te laten leiden door het belang van de cliënt, en ‘niet enig eigen belang van de advocaat’.³⁴ De advocaat is voorts – op grond van Gedragsregel 6 lid 1 – verplicht tot geheimhouding: ‘hij dient te zwijgen over bijzonderheden van de door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en de aard en omvang van diens belangen.’ Het tweede lid bepaalt voorts dat het een advocaat alleen vrijstaat om de door hem verkregen kennis naar buiten te brengen, indien een juiste uitvoering van de hem opgedragen taak dat eist, cliënt daartegen geen bezwaar heeft en dit in overeenstemming is met een goede beroepsuitoefening.

De Wwft doorbreekt de geheimhoudingsplicht van advocaten, en zet in de gegeven omstandigheden in feite ook het uitgangspunt van eenzijdige belangenbehartiging opzij: daar waar in de visie van de wetgever – in navolging van het Europese Parlement en de Raad – een ongebruikelijke transactie is voorgenomen of verricht, prevaleert *automatisch* het belang van de staat om witwashandelingen (zoveel als mogelijk) te voorkomen en om dergelijke handelingen, voor zover zij reeds plaats hadden, op te kunnen sporen (tenzij sprake is van de zogenaamde procesvrijstelling; zie paragraaf 3.3).

De kans dat een advocaat met een dergelijke potentiële verplichting wordt geconfronteerd – of daar in ieder geval op voorhand over moet nadenken – is bovendien groot, gelet op de wijze waarop de verplichting is gedefinieerd. Het begrip ‘transactie’ wordt in art. 1 lid 1 sub m Wwft gedefinieerd als ‘handeling of samenstel van

32 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 238, nr. 3, p. 16.

33 Aldus bijvoorbeeld de gedragscode voor Europese advocaten, zoals opgesteld door de CCBE (*Council of Bars and Law Societies of Europe*) op de site van de CCBE: <www.ccbe.eu>. Zie ook de noot onder de uitspraak HvJ EG 26 juni 2007, zaak C-305/05, *NJ* 2007, 476 (m.nt. Mok).

34 Gedragsregel 5 van de Gedragsregels 1992.

handelingen van of ten behoeve van een cliënt in verband met het afnemen of het verlenen van diensten'. Art. 16 Wwft bepaalt dat een instelling een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie moet melden binnen veertien dagen, nadat het ongebruikelijke karakter daarvan bekend is geworden. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb) oordeelde in zijn uitspraak d.d. 23 november 2009 (LJN BK4209) dat voor het ontstaan van een meldingsplicht onder de Wet MOT een verband noodzakelijk was tussen de ongebruikelijke transactie en de dienstverlening: het enkele feit dat een dienstverlener een ongebruikelijke transactie onder ogen komt, is volgens het CBb niet voldoende om een meldplicht te doen ontstaan. Het BFT, dat belast is met het toezicht op de Wwft waar het betreft de vrije beroepsgroepen, heeft naar aanleiding van deze uitspraak vragen gesteld aan de toenmalige minister van Financiën Bos omtrent de aard van de verplichting. Het antwoord van minister Bos (d.d. 21 januari 2010) luidde dat de woorden 'in verband met' ingevolge de Wwft – conform de aanbevelingen van de FATF en de (Tweede en) Derde Witwasrichtlijn – zo dienen te worden uitgelegd 'dat ook een passieve betrokkenheid van de instelling (doordat zij wetenschap heeft van de ongebruikelijke transactie) de wettelijke meldplicht activeert. De vraag of de dienstverlening van de instelling wel of niet een faciliterende rol heeft is voor de toepassing van de meldplicht irrelevant. In de memorie van toelichting bij de Wwft is opgemerkt dat het moet gaan om dienstverlening waarbij de dienstverlener in staat is gevallen van witwassen en financieren van terrorisme te herkennen. Ongebruikelijke transacties kunnen zich ook uitstrekken tot transacties van derden waar de cliënt op een later tijdstip bij betrokken is en waar de instelling in zijn of haar normale beroeps- of ondernemersuitoefening wetenschap van krijgt of heeft gekregen.'³⁵

Dat laatste betekent dat een advocaat meldingsplichtig is indien hij, bijvoorbeeld bij het uitvoeren van een *due diligence*, bekend raakt met een ongebruikelijke transactie *in het verleden* die verband houdt met zijn cliënt, en waarbij de advocaat zelf hoegenaamd geen rol heeft gespeeld. Of de meldingsplicht ook geactiveerd wordt indien (bijvoorbeeld) de advocaat in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor de cliënt wetenschap krijgt van een ongebruikelijke transactie waarbij zijn cliënt niet betrokken was, blijft op basis van het antwoord van de minister onduidelijk.

Het lijkt er overigens op dat de meldplicht in andere Europese landen ietwat meer beperkt wordt geïnterpreteerd: daar lijkt in de regel (meer) actieve betrokkenheid vereist te zijn, alvorens van een meldplicht sprake is.

Die melding zou het gevolg kunnen hebben dat de advocaat (en notaris) civielrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld – en wordt gehouden – voor de daaruit voortvloeiende schade: weliswaar bepaalt art. 20 Wwft dat de instelling – waaronder derhalve ook advocaten en notarissen vallen – die tot melding van een ongebruikelijke transactie is overgegaan, niet aansprakelijk is voor schade die een derde dientengevolge lijdt, *tenzij* aannemelijk wordt gemaakt dat gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid niet tot melding had mogen worden overgegaan.³⁶

35 Brief van de minister van Financiën d.d. 21 januari 2010 aan het BFT, onder meer gepubliceerd op <www.nob.net>.

36 Evenmin kan een melding de grondslag vormen voor een opsporing en/of vervolging wegens witwassen of terrorismefinanciering, noch voor overtreding van de geheimhoudingsplicht, zoals vervat in art. 272 Sr: zie respectievelijk art. 19 lid 1 en art. 19 lid 2 Wwft. Zie daartoe meer

3.3 De procesvrijstelling

De Wwft is op advocaten, (kandidaat-)notarissen en belastingadviseurs op grond van art. 1 lid 2 Wwft niet van toepassing

‘voor zover zij voor een cliënt werkzaamheden verrichten betreffende de bepaling van diens rechtspositie, diens vertegenwoordiging en verdediging in rechte, het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding.’³⁷

Ook onder (art. 2 van) de Wet MOT en de Wid waren advieswerkzaamheden met betrekking tot het aangaan of vermijden van procedures (hierna ook: de procesvrijstelling) uitgezonderd van respectievelijk de meldplicht en de identificatieverplichtingen. Duidelijk is die uitzonderingsbepaling evenwel niet. Zo blijft, zoals reeds onder de Wet MOT, onduidelijkheid bestaan over de vraag of het geven van een juridisch advies *los van enig rechtsgeding* uitgezonderd is van de Wwft-verplichtingen.³⁸

Overweging 17 van de Tweede Witwasrichtlijn bepaalde dat juridisch advies onderworpen bleef aan de beroepsgeheimhoudingsplicht, *tenzij* de juridisch adviseur deelnam aan de witwasactiviteiten, het juridisch advies voor witwasdoeleinden werd verstrekt, of de advocaat wist of reden had om aan te nemen dat zijn cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden. In de Nederlandse wetgeving (Wet MOT) werd die overweging niet meegenomen. Daardoor bleef onduidelijk of juridisch advies als zodanig onder de uitzondering viel. Die onduidelijkheid is ook thans nog niet opgelost.

Maar ook overigens is de reikwijdte van de uitzonderingsbepaling onduidelijk. Zo is bijvoorbeeld niet duidelijk *in welke mate* advies kan worden gegeven voorafgaand aan een rechtsgeding of na een rechtsgeding dat reeds plaatsvond: of daaronder bijvoorbeeld ook advies en/of bijstand valt naar aanleiding van dat rechtsgeding (of alleen over de afwikkeling daarvan) is onduidelijk. De strekking van de Wwft lijkt een restrictieve interpretatie te dicteren. De geheimhoudingsplicht van advocaten daarentegen (en de plicht zich daarop te beroepen

uitgebreid de paragrafen 4.3 en 6.4 van dit hoofdstuk.

37 Deze uitzondering geldt ook, indien het advies met betrekking tot de rechtspositie van cliënt betrekking heeft op dienstverlening die betrekking heeft op de onderwerpen zoals opgesomd in art. 1 lid 1 onder 12 Wwft. Indien de uitzondering van toepassing is, zijn de verplichtingen zoals opgenomen in de Wwft niet van toepassing: dat geldt derhalve niet alleen voor de meldplicht, maar ook voor de verplichtingen tot identificatie van cliënten (en waar van toepassing uiteindelijk belanghebbenden) en verificatie daarvan. Op grond van art. 2 Uitvoeringsregeling Wwft is het cliëntenonderzoek zoals bedoeld in de Wwft *onder omstandigheden* evenmin van toepassing bij het doen van een aangifte op grond van de Wet Inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956. Zie daartoe *Kamerstukken II 2007/08*, 31 237, nr. 3, p. 20 (MvT). De meldplicht blijft in dat geval bestaan. Zie daartoe ook Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wwft voor belastingadviseurs en accountants d.d. 10 november 2008, opgesteld door NOB, NFB, CB, NIVRA en NOVAA, p. 13 (<www.nob.net>).

38 Zie daaromtrent Spronken 2009, p. 142.

zonder toestemming van cliënt) dicteert een meer omvattende interpretatie van de uitzondering.

Het Hof van Justitie boog zich bij uitspraak van 26 juni 2007 (zaak C-305/05) over de verplichting van (Belgische) advocaten om de bevoegde autoriteiten in kennis te stellen van elk feit dat zou kunnen wijzen op het witwassen van geld, naar aanleiding van het verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Belgische Arbitragehof (op 13 juni 2005). Het HvJ EU oordeelde – kort gezegd – dat de vereisten uit hoofde van een eerlijk proces zich niet verzetten tegen een informatieplicht van de advocaat in omstandigheden die geen betrekking hebben op een rechtsgeding: daarop is art. 6 EVRM immers niet van toepassing, terwijl de plicht gerechtvaardigd wordt ‘in het licht van de noodzaak van een doeltreffende bestrijding van het witwassen van geld, dat onmiskenbaar van invloed is op de groei van de georganiseerde misdaad, die zelf een bijzondere bedreiging vormt voor de samenleving in de lidstaten.’ Dat oordeel zou overigens kunnen doen vermoeden dat het verstrekken van advies *sec* – dus zonder band met enig rechtsgeding – in de visie van het HvJ EU wel degelijk onder de meldplicht van de Derde Witwasrichtlijn valt. Zie evenwel de uitspraken van de Hof van Discipline d.d. 11 september 2009, zoals deze hierna nog aan de orde zullen komen.

Een vergelijkbare problematiek speelt bij belastingadviseurs. Zo meende het BFT oorspronkelijk dat werkzaamheden die verband houden met indienen van een bezwaarschrift tegen een belastingaanslag niet onder de uitzonderingsbepaling vallen, omdat de inspecteur die het bezwaarschrift afhandelt, niet kan worden gezien als een rechterlijke instantie; een interpretatie die door het Hof van Discipline bij uitspraak van 11 september 2009 terzijde werd geschoven. Naar het oordeel van het Hof van Discipline zijn dergelijke werkzaamheden wel te beschouwen als werkzaamheden die verband houden met het voorkomen van een rechtsgeding en zijn daarmee vrijgesteld. Dat de inspecteur die dat bezwaarschrift afhandelt niet te beschouwen is als een rechterlijke instantie, doet daar volgens het Hof van Discipline niet aan af.

Als het bezwaarschrift is afgewezen en de belastingplichtige (of de belastingadviseur) een beroepschrift moet opstellen is eveneens sprake van werkzaamheden die verband houden met de vertegenwoordiging in rechte dan wel het geven van advies voor een rechtsgeding of ter vermijding daarvan. Ook het inwinnen van advies (na afwijzing van bezwaarschrift) om al dan niet een gerechtelijke procedure op te starten valt hieronder en is dus vrijgesteld, aldus het BFT op de site van het BFT (<www.bureauft.nl>) in antwoord op veelgestelde vragen.

In andere gevallen werd het restrictieve standpunt van het BFT wel gevolgd. Zo stelt het BFT zich bijvoorbeeld ook op het standpunt dat een belastingadviseur die een belastingplichtige bijstaat bij een vrijwillige verbetering van zijn belastingaangifte, *verplicht* is tot het doen van melding bij de FIU, omdat een dergelijke verbetering alleen mogelijk is indien de Belastingdienst niet op de hoogte is van een onjuiste aangifte en er derhalve geen rechtsgeding dreigt.³⁹ Ook die

39 Zie daartoe <www.bureauft.nl> (veelgestelde vragen).

interpretatie is sterk bekritiseerd. Naar aanleiding van Kamervragen schreef de minister van Justitie in antwoord daarop aan de Tweede Kamer evenwel dat het niet aan de belastingplichtige is om te bepalen of sprake is van vrijwillige verbetering in de zin van de AWR, zodat de belastingadviseur inderdaad tot melding verplicht is onder de Wwft.⁴⁰

De Raad van Discipline daarentegen, bepaalde bij uitspraak d.d. 17 november 2008 (onder de toen nog geldende Wet MOT) dat het gebruikmaken van de inkeerregeling te allen tijde is gericht op het voorkomen van een procedure, zodat de in het kader daarvan verleende (rechts-)bijstand onder de procesvrijstelling valt en derhalve geen meldingsplicht ontstaat.⁴¹ Het Hof van Discipline oordeelde in twee uitspraken d.d. 11 september 2009 (no. 5363 en 5364) dat de desbetreffende gegevens onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat vallen, dat de advocaat deze gegevens slechts kan verstrekken aan derden met toestemming van de cliënt, en dat het in eerste instantie aan de geheimhouder is om te beoordelen of de door cliënt verstrekte gegevens onder het verschoningsrecht vallen. Nu niet was gebleken van het bestaan van informatie die de advocaat had behoren te melden, kon het hof niet tot het oordeel komen dat de advocaten(kantoren) tuchtrechtelijk laakbaar zouden hebben gehandeld. Het Hof van Discipline merkte daarbij voorts op dat het de stelling van het BFT dat de advocaat alle activiteiten moet melden die geen verband houden met een rechtsgeding, als een te enge maatstaf, niet kan onderschrijven.

‘Een advocaat is ook ten aanzien van zaken die geen rechtstreeks verband houden met een rechtsgeding, of waarvan nog niet met zekerheid gezegd kan worden dat geen rechtsgeding zal volgen, verplicht tot geheimhouding en tot het doen van een beroep op een verschoningsrecht.’

Tijdens de jaarlijkse vergadering van de FAFT oordeelde deze laatste recent overigens dat ‘the FATF Recommendations do not allow for full or partial exemptions from AML/CFT requirements in the context of implementing a voluntary tax compliance programme. Therefore, when implementing a voluntary tax compliance programme, national authorities should ensure that its terms do not allow, in law or in practice, for full or partial exemptions from AML/CFT requirements as set out in the FATF Recommendations. Voluntary tax compliance programmes which do so are in breach of the FATF Recommendations.’⁴² Of dat laatste betekent dat de procesvrijstelling evenmin op dergelijke activiteiten van toepassing is of kan zijn, is niet op voorhand duidelijk.

40 Vragen gesteld door de leden Teeven en Remkes aan de minister van Justitie en de staatssecretaris van Financiën over onvoldoende rechtsbescherming tegen vervolging ter zake van witwassen in geval van vrijwillige verbetering door belastingplichtigen in situaties waarbij sprake is van belastingontduiking door het verzwijgen van legale inkomsten (ingezonden 10 februari 2009): Antwoord *Kamerstukken II* 2007/08, 2064.

41 Zie o.a. Raad van Discipline d.d. 17 november 2008, H 131-2007. Zie omtrent deze discussie ook Jeroen Starreveld en Lisa van der Wal, ‘Accountant met op zijn tellen passen bij begeleiding inkeer van zijn cliënt’, 7 mei 2009, <www.accountancynieuws.nl>.

42 Zie daaromtrent <www.fatf-gafi.org>, verslag van de jaarlijkse bijeenkomst van de FAFT d.d. 23-25 juni 2010, alsmede *International Enforcement Law Reporter*, Volume 26, Issue 9, September 2010, p. 347.

De verplichtingen uit de Wwft gelden volgens de minister van Financiën ook, in het geval door de accountant (of andere financieel administratieve dienstverleners) *forensische activiteiten* worden verricht, omdat deze activiteiten onderdeel zijn van de beroepsmatige werkzaamheden van de accountant.⁴³ Dat geldt – met het oog op de *level playing field* gedachte – ook indien die activiteiten worden verricht door advocaten. Een *internal audit* kan derhalve eveneens aanleiding geven tot meldingsplichten, naar moet worden aangenomen tenzij dit gebeurt met het oog op het bepalen van de rechtspositie van cliënt. Dat laatste is overigens allerminst zeker.

4 Cliëntenonderzoek

Alle onder het begrip ‘instelling’ vallende (rechts-)personen zijn verplicht om een cliëntenonderzoek te verrichten (art. 3 Wwft), tenzij de uitzondering van art. 1 lid 2 Wwft (de procesvrijstelling) van toepassing is. Hoe ver die verplichtingen reiken, is daarbij afhankelijk van het risico dat de desbetreffende cliënt en/of zijn transacties vertegenwoordigt.

Het begrip ‘cliënt’ wordt daarbij door art. 1 lid 1 onder b Wwft gedefinieerd als de ‘natuurlijke persoon of rechtspersoon met wie een zakelijke relatie wordt aangegaan of die een transactie laat uitvoeren’. Gelet op het doel en de strekking van de Wwft zal daarbij moeten worden gekeken naar de feitelijke cliënt, ofwel de (rechts-)persoon voor wie (materieel) de diensten worden verricht, en niet naar degene die (formeel) de opdracht tot het verlenen van de dienst heeft gegeven.

Naarmate het risico beperkt is, kan worden volstaan met een regulier cliëntenonderzoek. In bepaalde gevallen volstaat een vereenvoudigd onderzoek naar de (beoogde) cliënt; in andere gevallen zal een verscherpt cliëntenonderzoek nodig zijn om aan de verplichtingen op grond van de *risk based approach* te voldoen.

4.1 Het reguliere cliëntenonderzoek

Uitgangspunt van de Wwft is dat er (in beginsel) een regulier cliëntenonderzoek plaatsvindt, (in beginsel) voordat de zakelijke relatie wordt aangegaan.⁴⁴ Dat onderzoek, zoals nader geregeld in art. 3-5 Wwft, dient eruit te bestaan dat de cliënt wordt geïdentificeerd⁴⁵ en diens identiteit wordt geverifieerd (art. 3 lid 2

43 Brief van de minister van Financiën aan het BFT d.d. 21 januari 2010, p. 2.

44 Zie art. 4 lid 1 Wwft. Op het uitgangspunt dat het cliëntenonderzoek voorafgaat aan de zakelijke relatie/incidentele transactie, wordt een aantal uitzonderingen gemaakt: zie art. 4 lid 2-5 Wwft. Het is niet toegestaan om een zakelijke relatie aan te gaan of voort te zetten, dan wel een transactie te verrichten indien het cliëntenonderzoek niet kan worden voltooid: zie art. 5 lid 1 Wwft. Een bestaande zakelijke relatie dient te worden beëindigd, indien niet aan de onderzoeksverplichtingen ten aanzien van de cliënt kan worden voldaan: zie art. 5 lid 1 Wwft (tweede volzin). Beide verboden zijn zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk gesanctioneerd: zie daartoe meer uitgebreid paragraaf 6 van dit hoofdstuk.

45 Daaruit volgt reeds dat het verlenen van diensten aan anonieme personen niet is toegestaan.

onder a Wwft)⁴⁶ en dat in het geval van rechtspersonen in voorkomende gevallen de UBO wordt geïdentificeerd en op risico gebaseerde maatregelen worden genomen om diens identiteit te verifiëren (art. 3 lid 2 onder b Wwft).⁴⁷ Voorts bestaat het regulier cliëntenonderzoek eruit dat op risico gebaseerde maatregelen worden genomen om inzicht te verwerven in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt, het doel en de beoogde aard van de relatie wordt vastgesteld en dat een voortdurende controle op de zakelijke relatie en de tijdens die relatie uitgevoerde transacties wordt uitgevoerd (art. 3 lid 2 onder c en d Wwft).⁴⁸

Een dergelijk onderzoek is verplicht in alle gevallen waarin de normadressaat een zakelijke relatie in of vanuit Nederland aangaat, dan wel een incidentele transactie verricht (met een gezamenlijke waarde) van ten minste €15.000, en voorts in alle gevallen waarin er indicaties zijn dat de cliënt betrokken is bij witwassen/terrorismedinanciering, twijfel bestaat over de betrouwbaarheid van eerder van cliënt verkregen gegevens, dan wel indien het risico van betrokkenheid van een bestaande cliënt bij witwassen/terrorismedinanciering daartoe aanleiding geeft (art. 3 lid 3 Wwft).

4.2 Vereenvoudigd cliëntenonderzoek

In sommige gevallen, opgesomd in de artt. 6 en 7 Wwft, volstaat een vereenvoudigd cliëntenonderzoek. In dat geval hoeft geen (zelfstandig) onderzoek naar de cliënt plaats te vinden, *tenzij* er indicaties zijn dat de cliënt betrokken is bij witwassen of financieren van terrorisme (art. 6 lid 1 j° art. 3 lid 3 onder c Wwft). In alle daar genoemde gevallen is sprake van een (beoogde) cliënt in de persoon van hetzij een instelling die anderszins onder (streng) financieel toezicht staat (zoals krediet- en financiële instellingen uit Nederland of de EU en beursgenoteerde ondernemingen binnen de EU), hetzij instanties waarbij het risico van witwassen/terrorismedinanciering uit de aard der zaak (bijzonder) klein wordt geacht. In dat laatste geval kan gedacht worden aan overheidsinstanties of instanties die belast zijn met openbare functies binnen de EU.⁴⁹

Een vereenvoudigd cliëntenonderzoek is voorts toegestaan in het geval van bepaalde producten, waaronder levensverzekeringen waarvan de jaarlijks te

46 In de Uitvoeringsregeling Wwft (gebaseerd op art. 11 Wwft) is bepaald welke bronnen kunnen worden gebruikt voor het verifiëren van de identiteit van natuurlijke en rechtspersonen.

47 Kort gezegd is een UBO een natuurlijke persoon die meer dan 25% van de aandelen/stemrechten bezit, dan wel op andere wijze feitelijke zeggenschap kan uitoefenen over cliënt. Een vergelijkbare definitie bestaat wanneer de cliënt een stichting of trust is.

48 Op grond van art. 10 Wwft kan een instelling haar cliëntenonderzoek laten uitvoeren door een derde: dat ontheft de normadressaat echter nimmer van haar verplichtingen.

49 Op grond van art. 6 lid 1 onder b Wwft kan ook met een vereenvoudigd cliëntenonderzoek worden volstaan, indien de cliënt een instelling is als bedoeld in art. 1 lid 1 onder a 1-9 Wwft met een zetel in een staat die geen lidstaat is, indien in die staat op de instelling wettelijke voorschriften van toepassing zijn die gelijkwaardig zijn aan die in de Wwft en er toezicht wordt uitgeoefend op de naleving: de zogenaamde *equivalent country*.

betalen premie € 1.000 of minder bedraagt, pensioenproducten en bepaalde elektronisch geld producten.⁵⁰

Aangezien een vereenvoudigd cliëntenonderzoek moet worden gecompenseerd met voldoende controles elders in het systeem om witwassen en het financieren van terrorisme te voorkomen, is een vereenvoudigd cliëntenonderzoek slechts in een beperkt aantal gevallen toegestaan, aldus de overwegingen in Uitvoeringsrichtlijn 2006/70/EG. In die gevallen blijven de normadressaten gebonden aan hun verplichtingen en wordt van hen in ieder geval verwacht dat zij voortdurend toezicht houden op de zakelijke relatie, om complexe of ongewoon grote transacties zonder duidelijk economisch of zichtbaar rechtmatig doel te kunnen opsporen.⁵¹

Noodzakelijk is in dat kader wel steeds dat door de normadressaat voldoende gegevens worden verzameld om vast te stellen dat sprake is van een laag risico (art. 6 lid 2 Wwft) (en die gegevens vast te leggen, zodat geen misverstand kan ontstaan over de vraag of de normadressaat zich daarover daadwerkelijk heeft gebogen).

4.3 Verscherpt cliëntenonderzoek

In het geval van een verscherpt cliëntenonderzoek dient, naast het in art. 3 Wwft genoemde cliëntenonderzoek, een aanvullend cliëntenonderzoek plaats te vinden. Een dergelijk verscherpt cliëntenonderzoek geldt voor die situaties waarin de risicogevoeligheid substantieel wordt geacht. Dat geldt op grond van art. 8 Wwft *in ieder geval* in (al) die gevallen waarin de cliënt niet fysiek aanwezig is voor identificatie, in al die gevallen waarin een bank een correspondentbankrelatie aangaat met een bank in een staat die geen lidstaat is, en voorts – en altijd – bij buitenlandse ‘politiek prominente personen’ (*politically exposed persons*, ook wel afgekort tot ‘PEPs’).

4.3.1 De PEP

Onder PEPs worden personen verstaan ‘die een prominente publieke functie bekleden of hebben bekleed, en de directe familieleden of naast geassocieerden van deze personen,’ aldus Uitvoeringsrichtlijn 2006/70/EG.⁵² Een PEP is een *natuurlijke* persoon die op (zijn eigen) nationaal niveau een zodanige functie vervult, dat hij een zekere *exposure* heeft. Voorbeelden van PEPs zijn bijvoorbeeld huidige of voormalige⁵³

50 Art. 7 Wwft.

51 Overweging 6 van Uitvoeringsrichtlijn 2006/70/EG.

52 Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie van 1 augustus 2006 tot vaststelling van uitvoeringsmaatregelen van richtlijn 2005/60/EG wat betreft de definitie van politiek prominente personen en wat betreft de technische criteria voor vereenvoudigd klantenonderzoeksprocedures en voor vrijstellingen op grond van occasionele of zeer beperkte financiële activiteiten, *Pb EU* 2006, L 214/29.

53 Een PEP wordt als zodanig aangemerkt zolang hij voldoet aan de gestelde kenmerken. Na uittreding uit zijn functie eindigt de status van de PEP als PEP niet direct: in beginsel is de PEP eerst na één jaar ‘PEP-af’. Dat betekent onder de Wwft overigens niet zonder meer dat volstaan kan worden met een regulier cliëntenonderzoek: dat zal afhangen van het risico dat de voormalige PEP en/of zijn transacties dan (nog) vertegenwoordigt.

‘staatschefs, regeringsleiders, ministers en staatssecretarissen en parlementsleden. Leden van hooggerechtshoven, constitutionele hoven en andere rechterlijke instanties die arresten wijzen in laatste instantie, leden van rekenkamers en directies van centrale banken vallen eveneens onder het begrip. Andere politiek prominente personen zijn ambassadeurs, zaakgelastigden, hoge legerofficieren en leden van bestuurs-, leidinggevende of toezichhoudende organen van overheidsbedrijven.’⁵⁴

PEPs worden gezien als een verhoogd risico, omdat de functie die de PEP vervult onder meer corruptie kan aantrekken, dan wel tot misbruik van macht kan leiden.⁵⁵ Om die reden dient bij de PEP *altijd* een verscherpt cliëntenonderzoek plaats te vinden (daar waar de Wwft van toepassing is op de verleende diensten). Dat geldt overigens *alleen* voor buitenlandse PEPs: niet voor nationale PEPs.

Vanwege dat verhoogde risico dient een instelling ook een verscherpt cliëntenonderzoek uit te voeren, indien het een zakelijke relatie aangaat met een direct familielid van de PEP. Onder directe familieleden wordt in dit kader verstaan de echtgenoot, partner, kinderen en hun echtgenoten/partners en de ouders van de PEP. De verplichting tot een verscherpt cliëntenonderzoek geldt voorts indien het gaat om ‘naaste geassocieerden’ van de PEP. Daaronder worden (onder meer) verstaan personen die met of ten behoeve van PEPs de uiteindelijk belanghebbenden van een rechtspersoon zijn.⁵⁶ Daarbij geldt dat de noodzaak van identificatie van de naast geassocieerde alleen geldt voor zover de relatie tussen de geassocieerde en de PEP openbaar bekend is, of de normadressaat redenen heeft om aan te nemen dat een dergelijke betrekking bestaat. Er is derhalve niet zonder meer actief onderzoek nodig om de naast geassocieerde(n) te identificeren.⁵⁷

In beginsel dient een persoon, om als PEP te worden aangemerkt, een publieke functie op nationaal niveau te hebben. Volgens overweging 3 van Uitvoeringsrichtlijn 2006/70/EG echter, kan een persoon met een publieke functie op lokaal niveau (in het buitenland) ook een PEP worden (en daarmee ook zijn familie en zijn relaties), wanneer de politieke *exposure* van die persoon vergelijkbaar is met die van een PEP op nationaal niveau. Daarmee neemt het bereik van de verplichting tot verscherpt cliëntenonderzoek toe.

Van de normadressaten wordt *een redelijke inspanning* verwacht om de PEP te herkennen en te identificeren.⁵⁸

54 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 238, nr. 3, p. 12 (MvT). Deze opsomming komt uit art. 2 Uitvoeringsrichtlijn 2006/70/EG.

55 Vgl. in dit kader ook de opmerkingen van de zogenaamde Wolfberg Group, een groep van internationale banken (waaronder Banco Santander, JP Morgan en UBS) naar aanleiding van veelgestelde vragen met betrekking tot PEPs: <www.wolfsberg-principles.com> (Wolfsberg PEP FAQ May 2008).

56 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 238, nr. 3, p. 12 (MvT).

57 Overweging 4 van preambule Uitvoeringsrichtlijn 2006/70/EG.

58 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 238, nr. 3, p. 22 (MvT): ‘Bepalend voor de vraag of er conform de wettelijke verplichting is gehandeld, is de kwaliteit van het ontwikkelde beleid met betrekking tot PEPs en de uitvoering daarvan. Het feit dat een instelling een PEP niet heeft herkend, zal dan ook niet zozeer tot een handhavend optreden van de toezichthouder leiden, maar veeleer de vraag opbrengen of het door de instelling geformuleerde beleid wel consequent wordt toegepast.’

Eén van de (vele) problemen op het gebied van PEPs is dat er op een globaal niveau geen eenduidige definitie van een PEP is. Die definitie is er wel op Europees niveau. Om PEPs te identificeren, maken instellingen en meer in het bijzonder grote instellingen, vaak gebruik van commerciële lijsten (zoals *Dow Jones Watchlist* of *World-compliance*): dat is eigenlijk de enige manier om te kunnen beoordelen of er sprake is van een PEP. Dat leidt dan weer tot de vervolgvraag wat er gebeurt als die commerciële lijst niet adequaat, *up to date* of anderszins van beperkte kwaliteit is. Hoewel de Europese Commissie – gelet op Richtlijn 2006/70/EG van 1 augustus 2006 – dat probleem lijkt te onderkennen en zich realiseert welke immense taak de PEP voor instellingen vertegenwoordigt,⁵⁹ ook als door de betrokken instellingen alle redelijke maatregelen zijn genomen, is de Europese Commissie (vooralsnog) niet bereid om de instellingen daarin tegemoet te komen: het is en blijft de verantwoordelijkheid van de instelling om de PEP adequaat te identificeren en het falen daarin komt op het conto van de instelling – en kan daarmee dus tot handhaving leiden, hetzij bestuursrechtelijk, hetzij strafrechtelijk.

Daarnaast dienen de normadressaten ervoor te zorgen dat de beslissing om een zakelijke relatie aan te gaan of een transactie met of voor een PEP te verrichten, wordt genomen door personen die daartoe door de instelling zijn gemachtigd, dat zij adequate maatregelen treffen om de bron van het vermogen vast te stellen dat bij de relatie/transactie wordt gebruikt en dat doorlopend controle wordt uitgeoefend op de zakelijke relatie (art. 8 lid 4 Wwft).

4.4 *Third party reliance*

Onder omstandigheden mag een instelling (in de zin van art. 1 lid 1 onder a Wwft) zich voor het *initiële* cliëntenonderzoek verlaten op het onderzoek dat door een andere instelling is verricht, zogenoemde '*third party reliance*'. Die mogelijkheid, die terug is te voeren op aanbeveling 9 van de FATF, is opgenomen in art. 9 Wwft. Zowel op grond van de Derde Witwasrichtlijn als op grond van de Wwft is deze *third party reliance* alleen mogelijk indien de identiteit van de cliënt door de desbetreffende instelling, hetzij ingevolge art. 3 Wwft, hetzij 'op daarmee overeenkomende wijze', is geïdentificeerd en diens identiteit reeds is geverifieerd.

De verwijzing naar 'daarmee overeenkomende wijze' betekent dat een instelling zich onder de Wwft in beginsel mag verlaten op een cliëntenonderzoek verricht door een instelling in een land met equivalente wetgeving. Dat laatste is niet altijd eenvoudig vast te stellen. In verschillende landen zijn om die reden 'landenlijstjes' van *equivalent countries* voorhanden. Dat lijstje is ook van belang voor de beoordeling of

59 Vgl. in dit kader ook de opmerkingen van de Wolfsberg Group met betrekking tot PEPs: 'Despite the reasonable efforts of a Financial Institution it may be difficult to identify a PEP, particularly if the customer fails to provide important information, furnishes false details or their circumstances change during the course of the relationship. Financial Institutions do not have access to critical information to identify all such persons. They must rely on their customer identification procedures and associated due diligence processes to detect such connections and relationships. [...] The difficulties of identifying Close Family and Close Associates are typically even greater than for identifying PEPs.' Wolfsberg Group PEPs FAQ May 2008: <www.wolfsberg-principles.com>.

onder omstandigheden volstaan kan worden met een vereenvoudigd cliëntenonderzoek als bedoeld in art. 6 lid 1 onder b Wwft.

De uiteindelijke verantwoordelijkheid met betrekking tot het cliëntenonderzoek blijft evenwel liggen bij de partij die op de derde vertrouwt. Dat geldt ook, indien het vertrouwen in redelijkheid *gerechtvaardigd* was.

Inmiddels gaan stemmen op om de regelgeving betreffende *third party reliance* te wijzigen en mogelijk een regel in te voeren die vergelijkbaar is aan de regels die in dit kader gelden in de VS. Daar geldt dat de instelling die *in redelijkheid* op de derde vertrouwt, niet aansprakelijk is voor eventuele fouten/omissies van die derde, indien aannemelijk gemaakt kan worden dat het vertrouwen op die derde redelijk was.

5 Melding van ongebruikelijke transacties

Naast de verplichting tot cliëntenonderzoek verplicht de Wwft de daaronder vallende instellingen en personen tot het melden van verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transacties aan de FIU binnen veertien dagen nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden. De Wwft kent in hoofdstuk 3 de terminologie van een ‘ongebruikelijke transactie’ omdat de regering daarmee een zekere mate van objectivering van de meldingsplicht wenste te bewerkstelligen.⁶⁰ Daarmee wijkt Nederlandse aanpak af van andere landen, waar bijvoorbeeld equivalenten van ‘verdachte transactie’ worden gebruikt.

5.1 Het ongebruikelijke van de transactie

Om vast te kunnen stellen of sprake is van een ongebruikelijke (verrichte of voorgenomen) transactie, kan gebruik worden gemaakt van een lijst van objectieve en subjectieve indicatoren, onderdeel van het Uitvoeringsbesluit Wwft. De desbetreffende lijst bevat één subjectieve indicator, en meerdere objectieve indicatoren. De objectieve indicatoren zijn afgestemd op de verschillende soorten normadressaten. Deze indicatoren hebben steeds gemeen dat (thans) een grens wordt aangehouden van €15.000 voor *contante* transacties. In het geval van advocaten luidt de objectieve indicator dat sprake is een transactie van €15.000 of meer, betaald aan of door tussenkomst van de beroepsbeoefenaar in contanten, met cheques aan toonder of soortgelijke betalingsmiddelen.⁶¹

De subjectieve indicator luidt dat het (vermoedelijk) gaat om een transactie waarbij de meldingsplichtige aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme.⁶²

Bij een objectieve indicator is er geen ruimte voor een eigen beoordeling van de instelling voor de vraag of de transactie ongebruikelijk is. Bij de subjectieve indicator bestaat die ruimte daarentegen wel: in dat geval zal de instelling

60 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 238, nr. 3, p. 15 (MvT).

61 Wolfsberg Group PEPs FAQ May 2008.

62 Zie de lijst op basis van art. 4 Uitvoeringsbesluit Wwft.

moeten beoordelen of het, gelet op de uitgangspunten in de Derde Witwasrichtlijn en de Wwft, gaat om een activiteit die geschikt is om verband te houden met witwassen van geld of het financieren van terrorisme. Daaronder vallen complexe en ongewoon grote transacties, alsmede ‘alle ongebruikelijke transactiepatronen zonder een duidelijk economisch of merkbaar rechtmatig doel’.⁶³

In dat kader is niet alleen het type cliënt van belang, maar bijvoorbeeld ook de normale dienstverlening aan deze cliënt of soortgelijke cliënten, het soort dienstverlening dat thans door de (beoogde) cliënt wordt gevraagd, of er een logische verklaring is voor een op het eerste gezicht ongebruikelijke transactie, alsmede de vraag of deze logische verklaring aannemelijk en verifieerbaar is.⁶⁴

Bij de vraag of het gaat om een activiteit die geschikt is om verband te houden met witwassen, zullen de strafbepalingen inzake witwassen van belang zijn, als neergelegd in art. 420bis-quater Sr. Uit die bepalingen volgt dat reeds het voorhanden hebben van gelden strafbaar is, indien men weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze afkomstig zijn van misdrijf. Zoals in paragraaf 4.2 nog aan de orde zal komen, is voor de melding niet vereist dat de cliënt zelf betrokken was bij dat misdrijf. En zoals hiervoor al even kort aan de orde kwam, kan ook het niet doen van een juiste belastingaangifte als grondfeit voor witwassen kwalificeren, ook indien het vermogen dat daarbij een rol speelt, legaal is verkregen.⁶⁵ Ook in die omstandigheden bestaat er derhalve een meldplicht.

Daar waar de beoordeling van de vraag of sprake is van een transactie die geschikt is om verband te houden met witwassen niet altijd de meest eenvoudige zal zijn voor de normadressaten, is evident dat de beoordeling nog veel lastiger lijkt indien het gaat om de vraag of de transactie verband houdt of verband kan houden met het financieren van terrorisme.

Weliswaar bevat art. 1 lid 1 onder i Wwft een definitie van het begrip ‘financieren van terrorisme’, maar daarmee is het pleit in de praktijk nog geenszins beslecht.

5.1.1 Voldoende aanleiding?

Niet zelden zal bij de subjectieve indicator voor instellingen de vraag rijzen wanneer er *voldoende* aanleiding is voor een dergelijk vermoeden. De Engelse rechter formuleerde dat in 2007 aldus dat de instelling

‘must think that there is a possibility, which is more than fanciful, that the relevant facts exist. A vague feeling of unease would not suffice. But the statute does not

63 Art. 20 Derde Witwasrichtlijn.

64 Vgl. de reeds genoemde Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wwft voor belastingadviseurs en accountants d.d. 10 november 2008, opgesteld door NOB, NFB, CB, NIVRA en NOVAA, p. 41 (<www.nob.net>).

65 HR 7 oktober 2008, *LJN* BD2774.

require the suspicion to be “clear” or “firmly grounded and targeted on specific facts” or based on “reasonable grounds”.⁶⁶

Naar Nederlands recht lijkt die maatstaf iets stringenter te worden beoordeeld, in ieder geval waar het gaat om belastingadviseurs en accountants: in de richtsnoeren voor de interpretatie van de Wwft voor belastingadviseurs en accountants uit november 2008 wordt in dit kader opgemerkt:

‘De beroepsregels van de beroepsbeoefenaar (geheimhoudingsverplichting en zorgvuldigheidsverplichting) brengen naar het oordeel van de beroepsorganisaties met zich dat niet gemeld mag worden bij een enkele blote aanwijzing. Zo nodig moet de beroepsbeoefenaar derhalve nadere vragen stellen, bijvoorbeeld om te beoordelen of een op het eerste gezicht ongebruikelijke transactie een legitieme economische of juridische verklaring heeft.’⁶⁷

Zo beëindigde Van Lanschot Bankiers met ingang van 2 januari 2010 een relatie met de exploitant van een coffeeshop met verwijzing naar het feit dat zij onvoldoende inzicht zou hebben gekregen van de exploitant omtrent ongebruikelijke stortingen in coupures van €50, hetgeen voor de bank risico’s met zich zou brengen omdat de bank daardoor niet in staat was om vast te stellen of zij meewerkt aan onoorbare praktijken.⁶⁸ In kort geding beoordeelde de civiele rechter de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid en concludeerde dat de door de bank gegeven grond voor opzegging niet overtuigde.

5.2 De meldplicht bij ongebruikelijke transacties

Een meldplicht ter zake van een voorgenomen of verrichte ongebruikelijke transactie bestaat steeds daar waar een Wwft-plichtige dienst wordt verricht en één van de indicatoren zich voordoet.

Van belang in dat kader is dat de Wwft zoals opgemerkt *geen* beperking inhoudt daar waar het gaat om de relatie tussen de cliënt en de verrichte of voorgenomen transactie. Anders gezegd: indien een instelling als bedoeld in art. 1 Wwft – bijvoorbeeld tijdens een *due diligence*-onderzoek in het kader van een overname – op enig moment stuit op een ongebruikelijke transactie, dan dient ook deze transactie binnen veertien dagen gemeld te worden, ook indien de instelling niet bij de desbetreffende transactie betrokken is geweest. Wetenschap van de ongebruikelijke transactie is voldoende om de meldplicht uit te lokken.⁶⁹

De melding van een voorgenomen of verrichte ongebruikelijke transactie dient te worden gedaan in het land waar de instelling zijn vestiging heeft en

66 R. v Da Silva, [2007] 1 WLR 303 en K. Ltd v National Westminster Bank Ltd, [2007] 1 WLR 311. Daarbij moet worden bedacht dat in het Engels recht wordt gewerkt met het begrip ‘suspicious transaction’ in plaats van ‘ongebruikelijke transactie’ (zie par. 5).

67 Zie Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wwft voor belastingadviseurs en accountants d.d. 10 november 2008, opgesteld door NOB, NFB, CB, NIVRA en NOVAA, p. 42 (<www.nob.net>).

68 Rb Den Bosch 8 februari 2010, L/N BL2936.

69 Zie daartoe ook Koppe en Van Liere 2009, p. 786. Onduidelijk is overigens of dat alleen geldt ten aanzien van transacties waarbij cliënt betrokken was, of dat het geldt voor alle transacties waarop de instelling stuit. Zie daartoe paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk.

dient onder meer te vermelden de identiteit van de cliënt, de aard en het nummer van het identiteitsbewijs van de cliënt, de aard, tijdstip en plaats van de transactie, de omvang, bestemming en herkomst van de betrokken gelden, alsmede de omstandigheden op grond waarvan de transactie als ongebruikelijk wordt aangemerkt (art. 16 Wwft).

Volgens een onderzoek in opdracht van het WODC dat in juni 2009 werd gepubliceerd, deden advocaten in 2007 elf meldingen van (vermeend) ongebruikelijke transacties. Daarvan werden er door de FIU zes als verdacht aangemerkt; in 2006 was dat aantal respectievelijk tien en vier.⁷⁰ Notarissen deden in 2007 407 meldingen (waarvan er door de FIU 157 als verdacht werden aangemerkt); accountants 85 (waarvan de FIU er 64 als verdachte aanmerkte).⁷¹ Dat betekent – in het geval van advocaten – dat in bijna de helft van de meldingen sprake was van een *false positive*, in de visie althans van de FIU.

De FIU beoordeelt na de melding of de ongebruikelijke transactie als verdacht moet worden aangemerkt. Alle door de FIU ontvangen meldingen worden opgeslagen in een databank en blijven daar vijf jaar bewaard: voor als verdacht aangemerkte transacties geldt een bewaartermijn van tien jaar. In voorkomende gevallen kan een melding door de FIU voorts aan buitenlandse FIUs worden gemeld: zie daartoe ook (kort) paragraaf 7.

De Wwft bevat overigens geen aanwijzingen met betrekking tot de vraag wat met een voorgenomen transactie dient te gebeuren, *nadat* deze transactie als (mogelijk) ongebruikelijk is gerapporteerd aan de FIU. Voor instellingen is het antwoord op die vraag evenwel van groot belang. Naar Nederlands recht is daaromtrent zoals opgemerkt niets geregeld.

Naar Engels recht kan de transactie alsnog worden uitgevoerd, nadat SOCA daartoe toestemming heeft verleend: deze toestemming fungeert als een vrijwaring. Naar Italiaans recht is geen toestemming nodig om de transactie alsnog uit te voeren. Naar Frans recht geldt hetzelfde: daar is bepaald dat de transactie na de melding alsnog kan worden uitgevoerd, tenzij de FIU een zogenaamde 'stoporder' heeft gegeven binnen twee dagen. In Duitsland is toestemming nodig om de transactie alsnog uit te voeren, tenzij inmiddels drie dagen (na de melding) zijn verstreken.

5.3 Consequenties van (moeten) melden

Indien een transactie is gemeld, kan de melder niet aansprakelijk worden gehouden voor eventuele schade die een derde *dientengevolge* lijdt, tenzij aanneemelijk wordt gemaakt dat, gelet op alle feiten en omstandigheden, in *redelijkheid* niet tot melding had mogen worden overgegaan (art. 20 Wwft).

Evenmin kunnen gegevens of inlichtingen die in het kader van de melding (of overigens; zie art. 17 Wwft) zijn verstrekt, dienen als grondslag voor of ten behoeve van een opsporingsonderzoek of vervolging wegens een verdenking

70 Faure, Nelen en Philipsen 2009, p. 64.

71 Faure, Nelen en Philipsen 2009, p. 64.

van witwassen of terrorismefinanciering door degene die de melding/inlichtingen heeft verstrekt (art. 19 Wwft). Voorts geldt dat de verstrekte gegevens op grond van datzelfde artikel niet kunnen dienen als bewijs ter zake van een tenlastelegging wegens witwassen of financiering van terrorisme of voor doorbreking van de geheimhoudingsplicht als bedoeld in art. 272 Sr. Zie daartoe meer uitgebreid paragraaf 6.4 van dit hoofdstuk

De immuniteit voor vervolging vanwege een gedane melding strekt zich evenwel niet uit tot een opsporingsonderzoek en/of vervolging op grond van strafbare feiten als (bijvoorbeeld) valsheid in geschrifte, heling, oplichting of andere delicten.⁷² Anders gezegd: een (rechts-)persoon die op grond van art. 16 Wwft een melding heeft gedaan van een ongebruikelijke transactie, kan als zodanig niet vervolgd worden voor (betrokkenheid bij) witwassen als bedoeld in art. 420bis-quater Sr of het financieren van terrorisme (of het doorbreken van zijn geheimhoudingsplicht als bedoeld in art. 272 Sr), maar mogelijk – en afhankelijk van de omstandigheden van het geval – wel wegens vermeende valsheid in geschrift of oplichting.

*De zaak van Shah tegen HSBC*⁷³

Ook civielrechtelijk gezien leiden de meldbepalingen tot vragen, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag wat de situatie rechtens is, indien de cliënt de instelling aanspreekt nadat de transactie die in zijn opdracht moest worden uitgevoerd, is uitgebleven (omdat een melding plaatsvond aan de FIU). Relevant ter zake is een recente uitspraak van de Engelse *Court of Appeal* in *Shah and others v. HSBC*.

Tussen september 2006 en februari 2007 gaf Shah, een ondernemer met belangen in Zimbabwe, zijn bank – waarbij hij en zijn vrouw vanaf 2002 een bankrekening aanhielden – opdracht tot een serie transacties. De bank vermoedde dat de transacties betrekking hadden op gelden afkomstig van strafbaar handelen en verzocht SOCA toestemming tot het uitvoeren van de opdrachten. In de tussentijd werden de transacties (dan ook) niet uitgevoerd door de bank. SOCA verleende nadien toestemming voor de transacties. De tijd die verstreek tussen de opdracht en de uiteindelijke betaling was in het kortste geval vijf dagen en in het langste geval dertien dagen. HSBC berichtte Shah dat de reden van het uitstel gelegen was in ‘complying with its UK statutory obligations’. Shah gaf dit bericht door aan één van de beoogde ontvangers van de geldbedragen. Dat leidde tot speculatie in Zimbabwe dat Shah verdacht werd van witwassen. Shah verzocht de bank om nadere informatie, maar kreeg die niet. In de tussentijd bevroren de Zimbabwaanse autoriteiten zijn investeringen, waarna beslag volgde. Volgens Shah verloor hij op die wijze meer dan \$ 300 miljoen.

Shah maakte daarop een civiel geding aanhangig tegen de bank, waarbij hij zich baseerde op het argument dat HSBC zijn verplichting om te handelen in opdracht van Shah verzaakte. HSBC verweerde zich met het argument dat het een strafbaar feit zou begaan, indien het de transactie zou (laten) verrichten terwijl het vermoeden bestond dat het ging om witwassen. Naar het oordeel van Shah echter, was dat

72 Zie ook Koppe en Van Liere 2009, p. 788.

73 [2010] EWCA Civ 31; [2010] WLR (D) 27.

vermoeden irrationeel en onjuist (en gegeneerd door een computer). Om die reden eiste hij van de bank dat het vermoeden onderbouwd werd.

Het verzoek van HSBC om *summary judgment* werd door de *High Court* toegewezen: teneinde te kunnen slagen zou Shah naar het oordeel van de *High Court* immers aannemelijk moeten maken dat sprake was van kwade trouw, hetgeen Shah niet deed.

De *Court of Appeal* oordeelde in hoger beroep echter anders. Volgens de *Court of Appeal* dient de bank in een geval als het onderhavige bewijs te leveren van zijn vermoeden, teneinde te kunnen rechtvaardigen dat de opdracht niet werd uitgevoerd. De *Court of Appeal* herhaalde het eerder in de Engelse rechtspraak ontwikkelde criterium dat een verdenking betekent 'that there is a real possibility, which is more than fanciful, that the relevant facts exist.' De *Court of Appeal* oordeelde voorts dat het niet per omgaande voldoen aan de meldplicht – hoewel daar in het onderhavige geval naar het oordeel van het hof geen sprake was – kan leiden tot een 'breach of the bankers duty of care'. Het hof oordeelde voorts dat Shah *op enig moment* wel degelijk gerechtigd is tot informatie met betrekking tot de melding, niettegenstaande het – ook in Engeland – wettelijke verbod om mededelingen te doen over een gedane melding. Met betrekking tot het verbod om over een gedane melding mededelingen te doen, oordeelde het hof dat die verplichting tot geheimhouding in de context van een juridische procedure niet zonder meer nog relevant is, zodat de instelling die de melding heeft gedaan verplicht kan worden in die procedure openheid van zaken te geven omtrent de melding en de daaraan ten grondslag liggende vermoedens.

De beslissing om de claim van Shah door middel van *summary judgment* te verwerpen wordt vervolgens door het hof vernietigd, hetgeen betekent dat de claim van Shah nog steeds aanhangig is – niet overigens, dat de HSBC die zaak reeds zou hebben verloren.

5.4 Geheimhouding

Instellingen die melding doen van een voorgenomen of verrichte ongebruikelijke transactie, zijn verplicht tot geheimhouding inzake het doen van die melding (art. 23 Wwft).⁷⁴ Dat betekent dat de instelling zijn cliënt niet mag informeren over het feit dat de melding is gedaan, noch welke gegevens daarbij zijn verstrekt. Dat is alleen anders indien het gaat om een mededeling gedaan door een registeraccountant, belastingadviseur, advocaat of (kandidaat-)notaris, met het doel om de cliënt te laten afzien van de transactie: daarop is de geheimhoudingsplicht niet van toepassing, aldus art. 23 lid 3 Wwft. Het vooraf (door genoemde normadressaten) informeren van een (potentiële) cliënt dat een voorgenomen transactie als ongebruikelijk moet worden beschouwd, uit dien hoofde (in beginsel: tenzij de uitzondering van art. 1 lid 2 Wwft van toepassing is) meldingsplichtig is en dat de cliënt om die reden wordt afgeraden de transactie te (laten) verrichten, is derhalve wel toegestaan.⁷⁵

74 Die verplichting geldt niet voor alle instellingen: in sommige gevallen is melding aan andere instellingen toegestaan. Zie daartoe art. 23 lid 4 Wwft.

75 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 238, nr. 3, p. 31 (MvT).

Volgens de memorie van toelichting is een mededeling aan een cliënt die bedoeld is om cliënt af te laten zien van een ongebruikelijke transactie geen mededeling in de zin van art. 23 Wwft: het betreft hier geen uitzondering om de meldingsplicht, maar een beperking van de reikwijdte ervan. Een mededeling die verder gaat dan hiervoor bedoeld, kan overigens voor de dienstverlener tot problemen aanleiding geven, zo waarschuwt de memorie van toelichting (impliciet).⁷⁶ Gelet op de tekst van de wet geldt dat ook, indien de mededeling wordt gedaan door anderen dan de in art. 1 lid 1 onder a sub 11-13 Wwft genoemde personen.

Uit de hiervoor beschreven (Engelse) zaak Shah tegen HSBC⁷⁷ lijkt overigens te volgen dat – naar Engels recht – over het verbod om mededelingen te doen het laatste woord nog niet is gezegd. In die uitspraak overwoog de Engelse *Court of Appeal* kort gezegd dat de opdrachtgever van een transactie *op enig moment* recht heeft op informatie betreffende die melding, alsmede dat de noodzaak van geheimhouding in de context van een juridische procedure niet zonder meer nog relevant is.

Van belang in die context lijkt overigens wel te zijn dat section 333A (1) POCA bepaalt dat *tipping off* verboden is, indien het openbaren van de informatie ‘is likely to cause prejudice to a money laundering investigation’. Art. 23 Wwft bevat een dergelijke beperking niet. Datzelfde geldt voor het verbod van *tipping off* onder bijvoorbeeld Duits recht.

5.5 De plicht tot het verstrekken van informatie aan het meldpunt

De FIU-Nederland is – op grond van art. 17 Wwft – bevoegd om degene die de melding heeft gedaan nadere gegevens en/of inlichtingen te verzoeken. Dat geldt ook voor bij de transactie betrokken bankinstellingen. De verzochte is verplicht om aan dat verzoek te voldoen binnen de door de FIU-Nederland gestelde termijn. In spoedeisende zaken kan verzocht (gevorderd) worden dat de inlichtingen mondeling worden verstrekt.

5.6 De bewaarplicht

De normadressaten zoals opgesomd in art. 1 lid 1 Wwft zijn op grond van art. 33 Wwft verplicht om ten aanzien van elk van haar cliënten de door de wet vereiste gegevens vast te leggen en die gegevens (‘op toegankelijke wijze’) voor een termijn van vijf jaar na het *beëindigen* van de zakelijke relatie of het uitvoeren van de transactie te bewaren.

Ook de gegevens opgenomen in de melding (van een ongebruikelijke transactie) dienen op grond van de Wwft voor een termijn van vijf jaren (na de melding) te worden bewaard.⁷⁸ De FIU bewaart de gegevens met betrekking tot de melding van een ongebruikelijke transactie zoals opgemerkt vijf jaren: gege-

76 Idem.

77 [2010] EWCA Civ 31; [2010] WLR (D) 27.

78 Art. 35 Wwft.

vens met betrekking tot een melding van een ongebruikelijke transactie die vervolgens (door de FIU) als verdacht wordt aangemerkt, worden tien jaar bewaard.

6 Sanctionering

6.1 Bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering

Zoals reeds opgemerkt, zijn de verplichtingen zoals opgenomen in de Wwft zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk gesanctioneerd.

Op grond van art. 1 onder 2 WED is het een strafbaar feit om, al dan niet opzettelijk,

- geen (of niet tijdig) cliëntenonderzoek te verrichten, zoals voor de situatie voorgeschreven (art. 2, 3, 4, 5 en 8 Wwft);
- geen melding te doen van een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie (art. 16 Wwft);
- geen nadere inlichtingen te verstrekken aan het meldpunt met betrekking tot de melding (art. 17 lid 2 Wwft);
- geen geheimhouding te bewaren met betrekking tot de gedane melding (art. 23 Wwft); en ten slotte
- de gegevens met betrekking tot het cliëntenonderzoek en een gedane melding niet (lang genoeg) te bewaren (art. 33 en 34 Wwft).⁷⁹

Overeenkomstig het systeem van de WED betreft het hier een misdrijf indien het feit opzettelijk is begaan, en een overtreding indien het geen misdrijf is. De misdrijven kennen op grond van art. 6 lid 1 onder 1 WED een strafbedreiging van zes jaar gevangenisstraf en/of een geldboete van de vijfde categorie; de overtredingen een strafbedreiging van maximaal één jaar hechtenis en/of een geldboete van de vierde categorie.⁸⁰

Het bestuursrechtelijk kader heeft tot gevolg dat aan de normadressaten (in beginsel) een last onder dwangsom kan worden opgelegd wegens het niet verrichten van de voor de situatie voorgeschreven cliëntenonderzoek, het achterwege laten van een melding, het niet voldoen aan de bewaarplicht en het doorbreken van de geheimhoudingsplicht (art. 26 lid 1 Wwft). In al die gevallen kan ook een bestuurlijke boete worden opgelegd (art. 27 lid 1 Wwft).⁸¹ In een aantal

⁷⁹ In een aantal gevallen kan wel een last onder dwangsom en/of bestuurlijke boete worden opgelegd, maar is de overtreding niet strafrechtelijk gesanctioneerd. Dat geldt voor overtreding van art. 6, 7 (lid 2), 10 (lid 2), 11 en 35 Wwft.

⁸⁰ In het geval van rechtspersonen kan overigens op grond van art. 23 Sr in beide gevallen een geldboete van de naast hoger gelegen categorie worden opgelegd. Dat geldt ook op grond van art. 6 lid 3 laatste volzin WED, waar de waarde van de goederen hoger is dan ¼ van de maximale geldboete die op het delict is gesteld.

⁸¹ Noch een last onder dwangsom, noch een bestuurlijke boete is mogelijk ten aanzien van degene die onderworpen is aan tuchtspraak, aldus art. 26 lid 2 en art. 27 lid 2 Wwft. Dat geldt derhalve onder meer advocaten en notarissen. Zie daartoe meer uitgebreid paragraaf 7 van dit hoofdstuk.

gevallen kan een aanwijzing worden gegeven als bedoeld in art. 32 Wwft om een bepaalde gedragslijn te volgen.

De keuze voor hetzij een last onder dwangsom, hetzij een bestuurlijke boete is afhankelijk van de aard van de overtreden bepaling, de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan.⁸² Een last onder dwangsom is (vooral) geëigend om aan een doorlopende overtreding een einde te maken of het gevolg van een reeds beëindigde overtreding ongedaan te maken. De bestuurlijke boete heeft (daarentegen) een zuiver repressief karakter. Het opleggen van een last onder dwangsom sluit een bestuurlijke boete voor hetzelfde feit niet uit.

Omdat in de meeste gevallen zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk optreden tot de mogelijkheden behoort, bevat art. 28e Wwft het zogenaamde *una via*-beginsel;⁸³ de bevoegdheden tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervalt indien ter zake van de overtreding strafvervolgning is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting een aanvang heeft genomen (of een transactie is overeengekomen als bedoeld in art. 74 Sr). Omgekeerd vervalt het recht tot strafvervolgning indien ter zake van de overtreding een bestuurlijke boete is opgelegd (art. 28e lid 2 Wwft).

6.2 Het uitgangspunt van strafrechtelijke handhaving

Essentieel in dit kader is dat het bestuursrechtelijke instrumentarium ondergeschikt is aan het strafrechtelijk kader; het bestuursrechtelijk instrumentarium wordt alleen ingezet

‘in die gevallen waarin strafrechtelijke vervolging niet aan de orde of niet opportuun is. Het gaat met andere woorden om de gevallen waarin de te handhaven norm nog niet een zodanige normatieve lading heeft dat strafrechtelijke handhaving in aanmerking komt. Inzet van het bestuursrechtelijke instrumentarium ligt derhalve in de rede bij het (onterecht) niet melden van een ongebruikelijke transactie of het achterwege laten van identificatie zonder dat sprake is van malicieuze intenties. Het gaat bijgevolg om veel voorkomende overtredingen van geringe ernst die betrekkelijk eenvoudig zijn vast te stellen.’⁸⁴

Zo schreef de wetgever bij de keuze voor dit duale stelsel, zoals dat (met betrekking tot de Wid en de Wet MOT) in 2006 werd ingevoerd.⁸⁵ Ook om die reden vertegenwoordigt de Wwft een relatief groot risico voor haar normadressesaten, inclusief de daaronder ressorterende geheimhouders.

Dat risico neemt – theoretisch gezien – in potentie toe door het gegeven dat in het geval van geheimhouders wiens handelen tuchtrechtelijk gesanctioneerd is, de bestuursrechtelijke weg niet openstaat. In dergelijke gevallen resteert derhalve ofwel een weg naar de tuchtrechter (door de toezichthouder) ofwel de

82 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 990, nr. 3, p. 15 (MvT).

83 Zie daarover ook hoofdstuk 17 (Duker).

84 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 990, nr. 3, p. 8 (MvT).

85 Wet van 2 februari 2006 tot wijziging van de Wet MOT en de Wid, *Stb.* 2006, 187.

strafrechtelijke weg. In de visie van de wetgever is tuchtrechtelijke handhaving evenwel ook ondergeschikt aan strafrechtelijke handhaving,⁸⁶ zodat *in theorie* snel voor strafrechtelijke handhaving zou kunnen worden gekozen.

In de praktijk lijkt het aantal tuchtklachten met betrekking tot geheimhouders evenwel (zeer) beperkt te zijn. Zie daartoe paragraaf 7 van dit hoofdstuk. Het uitgangspunt van strafrechtelijke handhaving is daarmee evenwel niet van alle belang gespeend: het feit dat mogelijk is dat de geheimhouder strafrechtelijk wordt vervolgd voor vermeende overtreding van de Wwft, belemmert hem om die reden in zijn vrijheid van handelen.

6.3 *Al dan niet opzettelijk*

Conform de huidige interpretatie van opzet in bijzondere wetten, zal bij de Wwft in beginsel snel sprake zijn van misdrijven. Standaardjurisprudentie van de Hoge Raad is immers dat opzet niet (ook) op het niet naleven van een wettelijke verplichting behoeft te zijn gericht.⁸⁷ Waar derhalve ten laste gelegd zou worden dat een instelling al dan niet opzettelijk niet heeft voldaan aan de verplichting als bedoeld in art. 16v Wwft, en derhalve al dan niet opzettelijk niet binnen veertien dagen nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie de instelling bekend is geworden, de verrichte of voorgenomen transactie heeft gemeld, is (in beginsel) voldoende dat de (*feitelijke*) *handeling als zodanig* opzettelijk werd verricht. Het feit dat men ‘vergat’ meldingsplichtig te zijn, doet daar niet aan af: het opzet behoeft immers niet gericht te zijn op het feit dat een melding op grond van de Wwft verplicht was.⁸⁸

6.4 *De melding als grondslag voor opsporing, vervolging of aansprakelijkheidstelling*

Zoals hiervoor reeds (kort) aan de orde kwam, kan een melding niet functioneren als grondslag voor een opsporingsonderzoek of vervolging wegens witwassen dan wel het financieren van terrorisme tegen de instelling die de melding heeft gedaan, noch kan het dienen als bewijs voor een tenlastelegging ter zake (art. 19 Wwft). Evenmin kan de melding dienen als grondslag voor een vervolging wegens schending van de geheimhoudingsplicht als bedoeld in art. 272 Sr.

Daarmee is het spectrum van mogelijkheden evenwel niet uitgeput. Zoals hiervoor ook reeds aan de orde kwam, is de vrijwaringsregeling zoals opgenomen in art. 17 Wwft niet ‘waterdicht’; melders kunnen op grond van de letterlijke tekst van het artikel wel degelijk voorwerp worden van een opsporingsonder-

86 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 849, nr. 30, p. 4. Zie daartoe ook Faure, Nelen en Philipsen 2009, p. 24-25.

87 Vgl. HR 15 april 2008, *LJN* BC9500, HR 24 april 2007, *LJN* AZ8783 en HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314.

88 Vgl. HR 15 april 2008, *LJN* BC9500. Daar ging het om een persoon die varkens hield en daarbij de aan hem toekomende varkensrechten overschreed. De Hoge Raad oordeelt dat het bewust houden van de vastgestelde aantallen varkens voldoende was voor opzet.

zoek naar en/of een vervolging ter zake van bijvoorbeeld (betrokkenheid bij) valsheid in geschrift of heling. Daar waar het witwassen van gelden en terrorismefinanciering in de regel (mede) gepaard zal gaan met het doen wekken van een schijn van legitiem handelen, vormt de vrijwaringsregeling bepaald geen rustig bezit. Naar Nederlands recht, waar de vraag of sprake is van vervolging wegens eenzelfde feit, dan wel van een- of meerdaadse samenloop, beantwoord wordt met gebruikmaking van de zogenaamde ‘aspectenleer’, is de kans dat een melding wordt ‘omgezet’ in een vervolging wegens valsheid in geschrift (art. 225 Sr) en het Openbaar Ministerie in die vervolging bovendien ontvankelijk wordt verklaard, niet geheel denkbeeldig.

Formeel geldt dat de vraag of een situatie als bedoeld in art. 68 Sr (hetzelfde feit) aanwezig is, zich eerst voordoet indien er reeds een vervolging heeft plaatsgevonden (of een wijziging van de tenlastelegging als bedoeld in art. 313 Sv wordt gevorderd). De vraag naar eendaadse samenloop zal eerst ter sprake komen, indien sprake is van een vervolging voor zowel witwassen als valsheid in geschrift. Uitgaande van het verbod als bedoeld in art. 19 Wwft (na een melding is geen opsporing/vervolging ter zake van witwassen/terrorismefinanciering mogelijk) zullen beide situaties zich in de praktijk in de context van een melding niet (snel) voordoen. Daar waar de vraag zich voordoet of – in een vervolging wegens valsheid na een melding op grond van de Wwft – materieel gezien eigenlijk sprake is van een vervolging wegens witwassen, zal aansluiting kunnen worden gezocht bij de criteria die in het kader van beide leerstukken zijn ontwikkeld. Daarbij wordt in de jurisprudentie vooral gekeken naar de strekking van de overtreden bepalingen.⁸⁹ Die jurisprudentie wijst uit dat zelden sprake is van eendaadse samenloop.⁹⁰ In de context van (een verbod op een vervolging wegens) witwassen versus valsheid in geschrift zal de uitkomst waarschijnlijk niet heel anders zijn.

Maar ook in andere opzichten lijkt de vrijwaringsregeling problematisch. Zo verwijst de vrijwaringsregeling naar ‘gegevens of inlichtingen die in overeenstemming met artikel 16 en 17 Wwft zijn verstrekt’. Dat laat de vraag open of gegevens/inlichtingen die wel zijn verstrekt met het oog op genoemde bepalingen, maar niet strikt genomen *noodzakelijk* (zouden) zijn voor die melding, onder de vrijwaring vallen. Indien dat niet het geval is, dan kan zich de situatie voordoen dat die gegevens wel gebruikt (mogen) worden voor een opsporingsonderzoek naar witwassen/terrorismefinanciering, terwijl het voorts zou kunnen betekenen dat de melder civielrechtelijk aansprakelijk kan zijn voor de schade die een derde lijdt door het melden van de desbetreffende gegevens.

Vragen rijzen voorts met betrekking tot de verwijzing in art. 20 Wwft naar ‘een melding op de voet van artikel 16’. Art. 16 Wwft verwijst naar een *verplichte* melding van een voorgenomen of verrichte ongebruikelijke transactie. Zoals eerder opgemerkt, geldt die melding voor instellingen als gedefinieerd in art. 1 lid 1 Wwft en derhalve voor instellingen die *in of vanuit Nederland* een

89 Vgl. recent HR 2 december 2003, *LJN* AM2520.

90 Voor een recent voorbeeld waarin wel eendaadse samenloop werd aangenomen, zie Hof Den Haag 2 april 2010, *LJN* BM3982. Zie verder ook hoofdstuk 3 (Lamp, Lindeman en Luchtman).

zakelijke relatie aangaan *of in of vanuit Nederland* een incidentele transactie met een waarde van €15.000 of meer verrichten. Instellingen die buiten Nederland een dergelijke relatie aangaan of incidentele transactie verrichten, zijn *niet* verplicht aan de Nederlandse FIU melding te doen. Er kunnen redenen zijn om die melding wel te doen, bijvoorbeeld vanuit de wetenschap dat kennis die in een ander land met een FIU wordt gedeeld, wel haast zeker bij de FIU van andere landen terechtkomt en de instelling er belang bij heeft om zelf enigerlei mate van controle op die kennisoverdracht uit te oefenen. De vraag is echter wel, of een instelling die vrijwillig mededeling doet aan FIU-Nederland, een beroep kan doen op de vrijwaringsregeling van art. 20 én art. 19 Wwft. Indien dat niet het geval is, loopt een vrijwillig meldende (buitenlandse) instelling grote risico's.

Volgens de Commission Staff Working Paper '*Compliance with the anti-money laundering directive by cross-border banking groups at Group level*' melden banken in de regel niet vrijwillig in andere staten dan de lidstaat waarin de ongebruikelijke transactie wordt geconstateerd.⁹¹

Ook in de context van het onderscheid tussen bestuurs- en strafrecht kan de vrijwaringsregeling tot (vele) vragen aanleiding geven. Als gezegd, volgens de Wwft kan een meldingsplicht geen grondslag vormen voor een opsporingsonderzoek of een vervolging wegens witwassen/terrorismedinanciering. Echter, de vrijwaringsregeling bevat als zodanig geen immuniteit met betrekking tot het opleggen van een last onder dwangsom/bestuurlijke boete, noch geeft het antwoord op de vraag of een (verplichte) melding aanleiding kan geven tot een bestuurlijk boetetraject – of een tuchtrechtelijke klacht in de gevallen waarin bestuursrechtelijk optreden niet mogelijk is.

Art. 26 van de Derde Witwasrichtlijn lijkt iets duidelijker geredigeerd. In art. 26 is bepaald dat wanneer een onder de Richtlijn vallende instelling of persoon *te goeder trouw* inlichtingen verstrekt, zulks geen schending vormt 'van een verbod op onthulling van informatie uit hoofde van een overeenkomst of een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling' en dat zulks voor de instelling of persoon 'generlei aansprakelijkheid' met zich brengt.

7 Handhaving

Het toezicht op de naleving van de Wwft is verspreid over verschillende toezichthouders:⁹²

- De Nederlandsche Bank is verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de verplichtingen uit de Wwft voor zover het betreft (de in art. 1 lid 1 gedefinieerde) kredietinstellingen, financiële ondernemingen, geldtransac-

⁹¹ European Commission 2009, p. 10 en p. 47.

⁹² Zie art. 5 Uitvoeringsbesluit Wwft.

tiekantoren, levensverzekeraars, trustkantoren, speelcasino's en creditcardmaatschappijen.⁹³

- De AFM is verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de verplichtingen uit de Wwft waar het gaat om (de in art. 1 lid 1 Wwft gedefinieerde) beleggingsondernemingen, beleggingsinstellingen en financiële dienstverleners.⁹⁴
- Het BFT is verantwoordelijk voor de handhaving van de Wwft bij de vrije beroepsgroepen: advocaten, notarissen, accountants, belastingadviseurs, bedrijfseconomische adviseurs en onafhankelijke juridische adviseurs.⁹⁵
- De Belastingdienst-Unit MOT houdt toezicht op de naleving van de wet door makelaars en handelaars in zaken van grote waarde.⁹⁶

7.1 Toezicht en opsporing

Daar waar het betreft het toezicht op de naleving van de Wwft, kan elk van de toezichthouders beschikken over de hen toekomende toezichthoudende bevoegdheden. Die toezichthoudende bevoegdheden bestaan in ieder geval uit de bevoegdheden zoals neergelegd in afdeling 5.2 van de Awb.⁹⁷ In genoemde afdeling is onder meer bepaald dat de toezichthouder bevoegd is

- met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner (art. 5:15 Awb);
- inlichtingen te vorderen (art. 5:16 Awb); en
- inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en van deze laatste kopieën te maken.

In afdeling 5.2 is voorts bepaald dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik maakt, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is (art. 5:13 Awb). In de laatste bepaling van afdeling 5.2 is geregeld dat een ieder (in beginsel) verplicht is aan de toezichthouder binnen de door deze gestelde termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden (art. 5:20 lid 1 Awb).

De situatie is niet denkbeeldig dat tijdens het uitoefenen van toezicht een verdenking van enig strafbaar feit ontstaat. Conform de jurisprudentie van de Hoge Raad betekent dat *niet* dat vanaf dat moment door de toezichthouder geen gebruik meer mag worden gemaakt van toezichthoudende bevoegdheden, mits niet uitsluitend gebruik wordt gemaakt van toezichthoudende bevoegdheden en aan de verdachte toekomende waarborgen in acht worden genomen.⁹⁸ Dat

93 Art. 1 lid 1 onder a Aanwijzingsbesluit toezichthouders Wwft.

94 Art. 1 lid 1 onder b Aanwijzingsbesluit toezichthouders Wwft.

95 Art. 1 lid 1 onder c Aanwijzingsbesluit toezichthouders Wwft.

96 Art. 1 lid 1 onder d Aanwijzingsbesluit toezichthouders Wwft.

97 Art. 24 lid 4 Wwft.

98 Vgl. HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390, HR 13 mei 1997, *NJ* 1998, 481 en HR 1 juni 2010, *LJN* BM2447. Zie ook hoofdstuk 16 (Borgers).

laatste heeft feitelijk slechts tot gevolg dat het zwijgrecht van de verdachte dient te worden gerespecteerd. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens volgt dat dit zwijgrecht betrekking heeft op de verklaringsvrijheid van de verdachte, en niet op voorwerpen/documenten die onafhankelijk van zijn wil bestaan.⁹⁹ Dergelijke documenten zal een verdachte derhalve nog steeds ter inzage moeten geven (of moeten uitleveren, afhankelijk van de juridische bevoegdheid die wordt uitgeoefend).¹⁰⁰

7.2 De bijzondere positie van geheimhouders

Afdeling 5.2 Awb bevat, naast de hiervoor genoemde bevoegdheden van de toezichthouder, ook een beperking: volgens het tweede lid van art. 5:20 Awb kunnen ‘zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding’, het verlenen van medewerking weigeren, voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit. De bepaling brengt voor het BFT, dat belast is met het toezicht op de naleving van de Wwft door advocaten, notarissen en accountants, bijzondere problemen met zich mee, vooral waar het advocaten betreft.

Teneinde het toezicht op de naleving adequaat te kunnen uitvoeren, dient het BFT te kunnen beschikken over een inzagerecht met betrekking tot de dossiers die de geheimhouders onder zich hebben, aldus althans het BFT.¹⁰¹ De Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) heeft zich evenwel op het standpunt gesteld dat het BFT een dergelijk inzagerecht niet toekomt, gelet op de geheimhoudingsplicht van advocaten in combinatie met het hiervoor genoemde art. 5:20 lid 2 Awb. In de visie van de NOvA – en het gros van de individuele advocaten – kan het BFT derhalve geen inzage nemen of afdwingen, maar zal het BFT er genoeg mee moeten nemen na te (kunnen) gaan of de advocaat (a) beschikt over een adequate administratieve organisatie en interne controle (AO/IC) om cliëntenonderzoek te verrichten en ongebruikelijke transacties te herkennen; (b) daadwerkelijk cliëntenonderzoeken uitvoert waar het betreft Wwft-diensten; en (c) in voorkomende gevallen melding doet van ongebruikelijke transacties.¹⁰² Elke andere vorm van toezicht schendt de geheimhoudingsplicht, zo is de opvatting van advocaten.

Dit is kennelijk anders in het geval van notarissen, zo blijkt uit een onderzoek in opdracht van het WODC uit 2009. Ook in het geval notarissen staat de geheimhoudingsplicht in de weg aan het kennis nemen van dossiers van de notarissen door het

99 Vgl. Funke tegen Frankrijk, EHRM 25 februari 1993 (10828/84), A 256-A, Saunders tegen Verenigd Koninkrijk, EHRM 17 december 1996 (19187/91), J.B. tegen Zwitserland, EHRM 3 mei 2001 (31827/96), Gäfgen tegen Duitsland, EHRM 1 juni 2010 (22978/05) en Jalloh tegen Duitsland, EHRM 11 juli 2006 (54810/00).

100 Zie over dit onderwerp meer specifiek hoofdstuk 17 (Duker).

101 Vgl. het standpunt van het BFT in de procedure waarin het Hof van Discipline d.d. 11 september 2009 uitspraak deed (no. 5364).

102 Zie o.a. NOvA, *Handleiding Wwft voor advocaten*, 1 augustus 2008, p. 17. Toegankelijk via <[www.advocatenorde.nl/public/file/PDF/Handleiding_Wwft_voor_advocaten_\(1_augustus_2008\).pdf](http://www.advocatenorde.nl/public/file/PDF/Handleiding_Wwft_voor_advocaten_(1_augustus_2008).pdf)>.

BFT. Bij notarissen wordt evenwel met enige regelmaat een ‘u-bocht’ constructie gebruikt, waarbij het BFT op grond van art. 96 lid 2 van de Wet op het Notarisambt via de tuchtrechter inzage kan nemen in notarisdossiers; genoemd artikel bepaalt dat de tuchtrechter het BFT mag inschakelen als onderzoeksinstantie/deskundige.¹⁰³

Ter waarborging van het verschoningsrecht werd in (juli) 2005 – onder de werking van de toenmalige Wid en Wet MOT – inzage door het BFT in cliëntdossiers bij drie advocatenkantoren geweigerd. Zowel de Raad van Discipline als het Hof van Discipline oordeelde dat de betrokken advocaten(-kantoren) zich inderdaad konden beroepen om de geheimhoudingsplicht en derhalve geen inzage aan het BFT behoeften te geven.¹⁰⁴

Daarmee ontstaat – in de visie van het BFT – voor het BFT een lacune in het toezicht op de naleving van de Wwft door – met name – advocaten. Bij het ontbreken van een inzagerecht in de dossiers, kan het BFT immers niet beoordelen of de Wwft adequaat wordt nageleefd door de advocatuur. Dat laatste wordt als probleem gepercipieerd, omdat het ontbreken van (adequate) controle tot gevolg kan hebben dat de beroepsgroep als zodanig aantrekkelijk wordt voor ‘witwassers’ en financiers van terrorisme.

Vergelijk in dit opzicht het FATF rapport *RBA Guidance for Legal Professionals* uit oktober 2008: ‘regardless of the strengths and effectiveness of AML/CTF controls, criminals will continue to attempt to move illicit funds undetected and will, from time to time, succeed. Criminals are more likely to target the DNFBP sectors, including legal professionals, if other routes become more difficult. For this reason, DNFBPs may be more or less vulnerable depending on the effectiveness of the AML/CTF procedures applied in other sectors.’¹⁰⁵

Ook de advocatuur is evenwel – en niettegenstaande het argument van het BFT met betrekking tot het vermeend ontbreken van toezicht met betrekking tot de advocatuur – onderworpen aan controle waar het gaat om de Wwft-verplichtingen. Op grond van (art. 12 van) de huidige Verordening op de administratie en de financiële integriteit¹⁰⁶ zoals deze voor (alle) advocaten geldt, is de advocaat verplicht desgevraagd de (landelijk) deken of de namens de deken optredende algemeen secretaris van de Nederlandse Orde van Advocaten de gewenste inlichtingen te verschaffen over de door de advocaat gevoerde administratie, waaruit genoegzaam dient te blijken van de naleving van het bepaalde in de Wwft.¹⁰⁷ Die controle is door de deken uitbesteed aan speciaal daartoe aangewe-

103 Zie Faure, Nelen en Philipsen 2009, p. 81.

104 Hof van Discipline 11 september 2009 (no. 5362, 5363 en 5364).

105 FATF, *RBA Guidance for Legal Professionals*, 23 oktober 2008, p. 3 (nr. 25). Toegankelijk via <www.fatf-gafi.org/dataoecd/5/58/41584211.pdf>. AML/CTF is de gebruikelijke afkorting voor *Anti-Money laundering/Counter-Terrorist Financing* ofwel anti-witwassen en het voorkomen van het financieren van terrorisme. RBA staat voor *Risk Based Analysis*; DNFBPs staat voor *designated non-financial business and professionals*.

106 Verordening van 25 maart 2009, inwerkingtreding 1 juli 2009 (besluit AR 6 april 2009), *Stert.* 2009, 118.

107 Voorheen was een zelfde verplichting (ten aanzien van de Wid en de Wet MOT) opgenomen in de Verordening op de praktijkuitoefening.

zen auditors, die allen de functie van advocaat hebben. De deken rapporteert vervolgens zijn geanonimiseerde bevindingen aan het BFT.

Bij uitspraak van 13 maart 2009 bepaalde het Hof van Discipline in dat kader dat een advocaat niet met verwijzing naar zijn geheimhoudingsplicht kan weigeren om de daartoe aangewezen auditor inzage te geven in zijn administratie (toen nog onder de Wid en de Wet MOT). Het Hof overwoog daarbij dat

‘het beroepsgeheim van de advocaat, zoals geformuleerd in art. 6 van de Gedragsregels, heeft te wijken voor de informatieverplichting aan de deken, zoals geformuleerd in Gedragsregel 37. Gedragsregel 37 ziet niet alleen op een tuchtrechtelijk onderzoek door de deken, maar tevens op de informatieplicht van de advocaat jegens de deken in het kader van een aan de deken opgedragen controle.’

In zijn hoedanigheid van toezichthouder heeft de deken een geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht. Dat geldt ook voor degenen aan wie de deken zijn toezichthoudende taak heeft gedelegeerd. In die omstandigheden is elke advocaat – desgevraagd – verplicht de auditor in de gelegenheid te stellen om te controleren of en in hoeverre de advocaat op een correcte wijze omgaat met zijn verplichtingen uit hoofde van (toen nog) de Wid en de Wet MOT en of de advocaat zijn dossiers ook op de juiste wijze kwalificeert.¹⁰⁸

Omdat de naleving van de Wwft-verplichtingen in het geval van (onder meer) advocaten onderdeel uitmaakt van de tuchtrechtelijk gesanctioneerde beroeps- en gedragsregels, kan aan advocaten door het BFT overigens geen bestuurlijke boete of last onder dwangsom worden opgelegd, indien de Wwft-verplichtingen niet worden nageleefd.¹⁰⁹ Wel kan het BFT op grond van art. 32 Wwft een aanwijzing geven, indien de advocaat een ongebruikelijke transactie niet heeft gemeld of op vordering van het BFT geen (of niet tijdig) inlichtingen heeft verstrekt.¹¹⁰ Indien die aanwijzing echter niet (juist) wordt nageleefd, dan wel anderszins sprake is van een vermeend niet (op juiste wijze) naleven van de Wwft-verplichtingen, rest het BFT niets anders dan een klacht in te dienen bij de tuchtrechter, dan wel aangifte te doen van een (vermeend) strafbaar feit: naast de tuchtrechtelijke handhaving bestaat ook in het geval van bijvoorbeeld advocaten zoals aangegeven de mogelijkheid tot strafrechtelijke handhaving.

In de praktijk komt dit niet heel vaak voor. In 2006 werd door het BFT vijf keer een klacht ingediend bij de Kamers van Toezicht (notarissen), éénmaal bij de Raad van Discipline en werd voorts éénmaal aangifte gedaan bij het OM.¹¹¹

In 2007 werd een advocaat, die de derdengeldrekening van zijn kantoor had gebruikt voor een transactie van zijn cliënt, en die overigens geen verband hield met de werkzaamheden die de advocaat wel voor zijn cliënt verrichtte, door het Hof van

108 Hof van Discipline 13 maart 2009, *Advocatenblad* 2009, p. 391-394 (no. 5293). Vgl. ook Rb Den Haag 5 maart 2008, *LJN* BC6885.

109 Zie art. 26 lid 2 Wwft (last onder dwangsom) en art. 27 lid 2 Wwft (bestuurlijke boete).

110 Die aanwijzing kan erin bestaan dat de advocaat hetzij een AO/IC als hiervoor bedoeld dient te ontwikkelen, hetzij zorg dient te dragen voor de opleiding van zijn medewerkers op het gebied van de Wwft.

111 Faure, Nelen en Philipsen 2009 p. 78-79.

Discipline geschorst voor een periode van drie maanden, waarvan één maand voorwaardelijk, wegens handelen dat een advocaat niet betaamd.¹¹²

Het uitgangspunt van strafrechtelijke handhaving is daarmee evenwel niet van alle belang gespeend: het feit dat het *mogelijk* is dat de geheimhouder strafrechtelijk wordt vervolgd voor vermeende overtreding van de Wwft, belemmert hem immers in zijn vrijheid van handelen. Dat probleem wordt door de beroepsgroep wel gevoeld: daarbuiten kennelijk geenszins.

7.3 Internationale samenwerking

Internationaal gezien is in het kader van toezicht op de naleving de zogenaamde *Egmont Group (of Financial Intelligence Units)* van (groot) belang. De Egmont groep is een samenwerkingsverband van FIUs, dat (reeds) vanaf 1995 op gezette tijden samenkomt. Inmiddels (anno 2010) bestaat de Egmont groep uit zo'n 120 FIUs, variërend van Afghanistan tot Venezuela (en zo ongeveer alles wat daar alfabetisch tussen zit).

Belangrijk uitgangspunt van de Egmont groep is 'the need to maximise exchange and effective co-operation among FIUs'.¹¹³ Ook de Nederlandse FIU is lid van de Egmont groep.

De leden van de Egmont groep zijn daarbij als zodanig overeengekomen dat 'information exchanged between FIUs may be used only for the specific purpose for which the information was sought or provided. The requesting FIU may not transfer information shared by a disclosing FIU to a third party, nor make use of the information in an administrative, investigative, prosecutorial, or judicial purpose without the prior consent of the FIU that disclosed the information. Along these lines, the Egmont Group members have agreed that all information exchanged by FIUs must be subjected to strict controls and safeguards to ensure that it is used only in an authorized manner, consistent with national provisions on privacy and data protection.'

Tussen de verschillende leden van de groep bestaat een groot aantal bilaterale overeenkomsten, bedoeld om de samenwerking tussen de verschillende FIUs en de uitwisseling van informatie tussen de FIUs te stroomlijnen.¹¹⁴ De kans dat een melding die aan het Nederlandse FIU is gedaan, ook buitenlandse autoriteiten bereikt, is daarmee (bijzonder) groot. Over de vraag welke gevolgen dat heeft of zou kunnen hebben voor de verantwoordelijkheden van banken waar het – bijvoorbeeld – gaat om *false positives* is veel minder bekend.

112 Hof van Discipline 3 november 2006, *Advocatenblad* 2007, p. 811-813 (no. 4551).

113 Vgl. Egmont Group, Best Practices for the Exchange of Information between Financial Intelligence Units, zoals gepubliceerd op de website van de Egmont groep, <www.egmontgroup.org>.

114 Alleen al op de laatste (achttiende) bijeenkomst van de Egmont groep in Cartagena in juli 2010 alleen al werden meer dan 30 bilaterale overeenkomsten gesloten. Zie <www.egmontgroup.org>.

8 Uitleiding

De Wwft is één van de meest recente voorbeelden van bijzonder strafrecht. Het bevat vergaande verplichtingen bedoeld om witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen, in combinatie met een zogenaamde *risk based approach* richting de beoogde cliënt en zijn of haar transacties. Die verplichtingen treffen onder omstandigheden ook geheimhouders zoals notarissen en advocaten en maken daarbij inbreuk op de geheimhoudingsplicht die voor deze beroepsgroepen geldt. De praktische ervaringen met de Wwft, die op 1 augustus 2008 in werking trad, en de handhaving daarvan zijn anno 2010 nog beperkt. Dat de Wwft in een veelheid van aspecten tot problemen aanleiding kan geven, staat echter buiten kijf.

Literatuur

- Faure, M., H. Nelen en N. Philipsen, *Evaluatie tuchtrechtelijke handhaving Wwft*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- Koppe, Victor en Ed van Liere, Financieel Strafrecht, in: E. Prakken en T.N.B.M. Spronken (red.), *Handboek Verdediging*, Deventer: Kluwer 2009, p. 767-798.
- Kristen, F.G.H., *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.
- Spronken, T., De privileges van de raadsman: vrij verkeer en verschoningsrecht, in: E. Prakken en T.N.B.M. Spronken (red.), *Handboek Verdediging*, Deventer: Kluwer 2009, p. 97-199.
- Starreveld, Jeroen en Lisa van der Wal, *Accountant moet op zijn tellen passen bij begeleiding inkeer van zijn cliënt*, 7 mei 2009, <www.accountancynieuws.nl>.